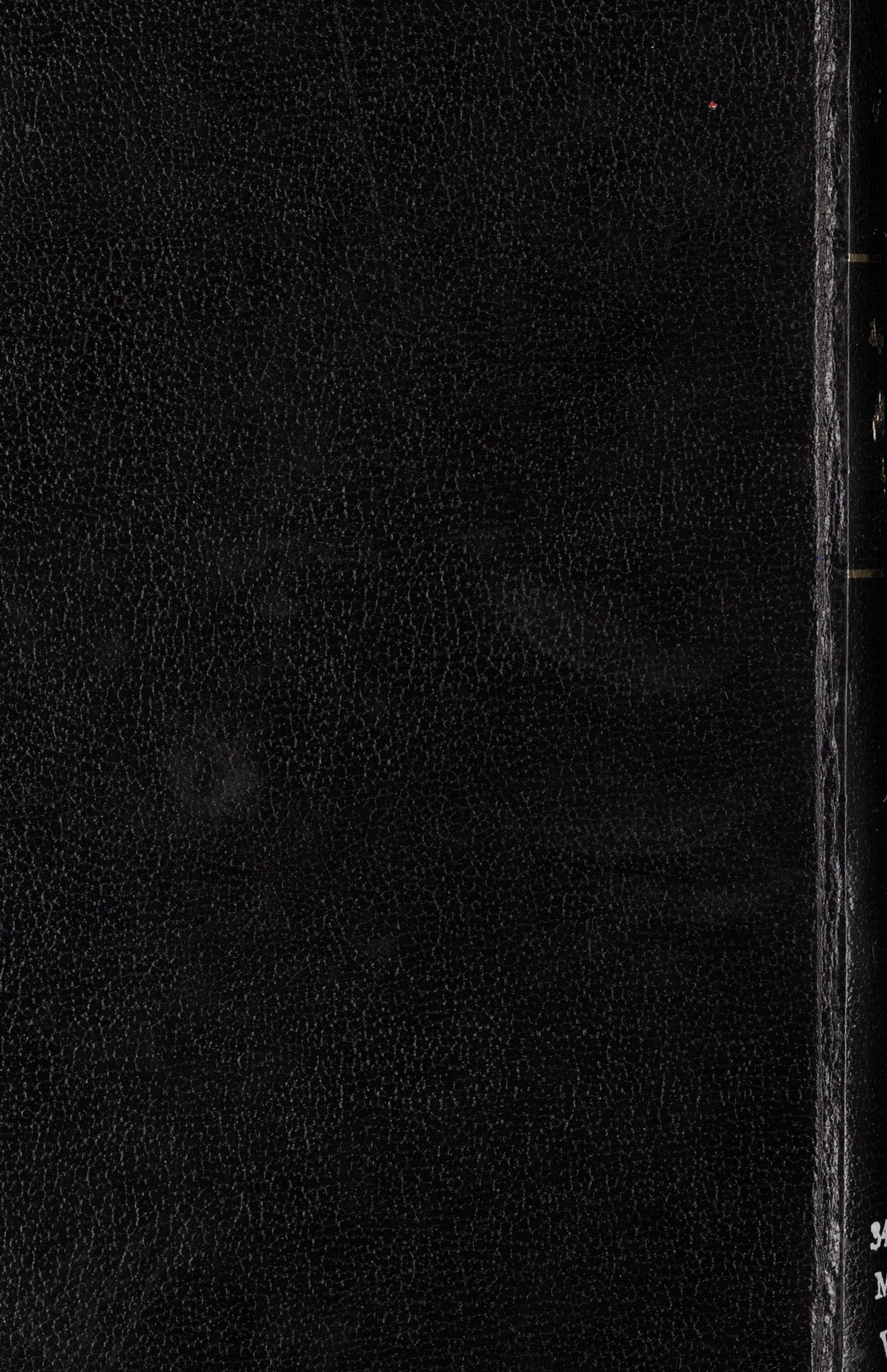
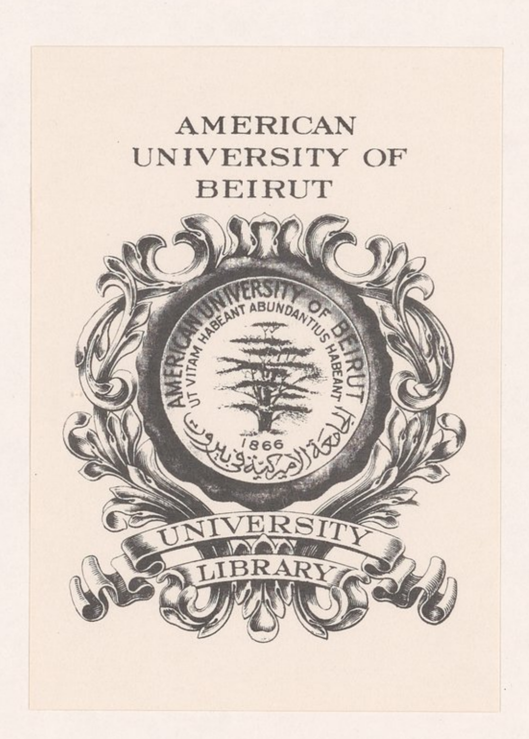
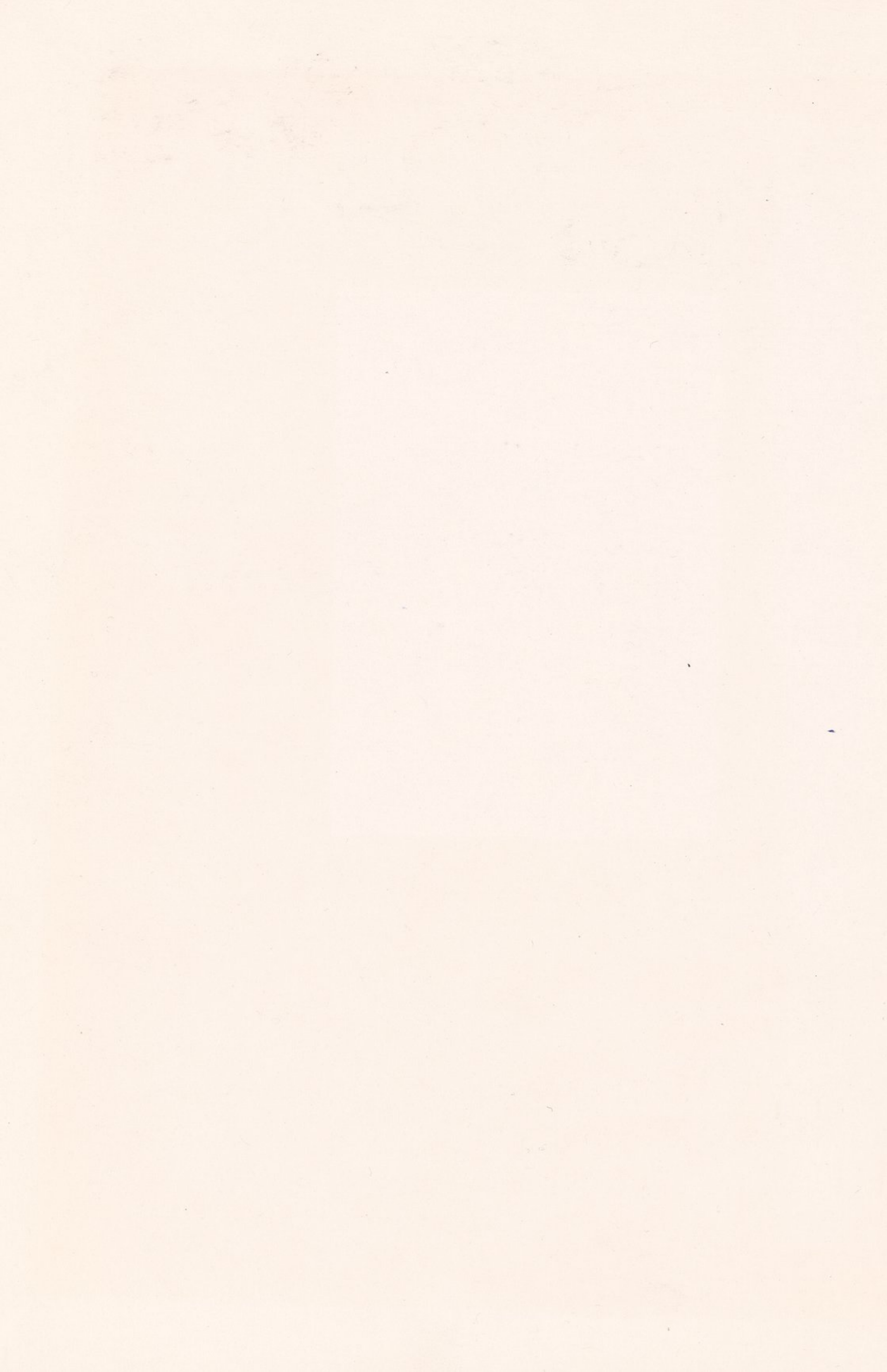



AMERICAN
UNIVERSITY OF
BEIRUT
AMERICAN UNIVERSITY OF BEIRUT
UT VITAM HABEANT ABUNDANTIUS HABEANT
1866
الجامعة الاميركية في بيروت
UNIVERSITY
LIBRARY





شرح

مجلة الأحكام العدلية

تأليف

محمد سعيد المحاسني

أستاذ المجلة في معهد الحقوق بدمشق

المجلد الثاني

الكفالة والحوالة والرهن والأمانات والهبة والغصب والحجر والإكراه والشفعة

مطبعة الترقي بدمشق

سنة ١٣٤٦ هجرية و سنة ١٩٢٧ ميلادية



شرح
مجلة الأحكام العدلية

للمحامي

محمد سعيد المحاسني

استاذ المجلة في معهد الحقوق بدمشق

الجلد الثاني

الكفالة والحوالة والرهن والأمانات والهبة والغصب
والحجر والاكراه والشفعة

مطبعة الترقي بدمشق

سنة ١٣٤٦ هجرية و سنة ١٩٢٧ ميلادية

الكتاب الثالث

في الكفالة ويحتوي على مقدمة وثلاثة أبواب

المقدمة

في اصطلاحات فقهية تتعلق بالكفالة

الكفالة من المعاملات المدنيـة المعروفة عند الأمم القديمة وقد اختص الشرع الأسلامي بتوسيع مباحثها بصورة قد لا توجد في باقي الشرائع وقد ثبتت بقوله تعالى « ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم » وبالسنة السنية اعني قوله عليه الصلاة والسلام « الزعيم غارم » ٠ وبالعقل ايضاً لأنها تزيل ألم الدائن بتأمينه على مطلوبه وتزيل ألم المديون بتخفيف احتياجه ٠ وقد ورد في التوراة (الكفالة اولها ملامة وأوسطها ندامة وآخرها غرامة) ٠

مادة ٦١٢ (الكفالة ضم ذمة الى ذمة في مطالبة شيء يعني ان يضم احد ذمته الى ذمة آخر ويلتزم ايضاً المطالبة التي لزمت في حق ذلك[1]] ٠

---

(١) وقد عرَّفها القانون المدني الافرنسي بأنها المجبورية لاجراء التعهد فيما اذا لم يقم به المديون وهذا تعريف ناقص على ما هو واضح لأنه لا يشمل الكفالة النفسية أما تعريف المجلة فهو أعم من هذا التعريف لأن الشيء لا يشمل المال والدرك والنفس ٠ وكذلك القانون المدني التركي فأنه عرَّف الكفالة بأنهـا عقد يتضمن تعهد اداء دين عقده مديون وهذا التعريف لا يشمل الكفالة النفسية كما قلنا ٠

وقد أوجب هذا القانون اجراء الكفالة بالتعهدات المعتبرة دون غيرها الا ما كان فاسداً بسبب تعلقه بذات المكفول عنه كعقود الصغير فأنه جوز الكفالة بها على ما جاء في المادة ٢٠١٢ على ان هذا التجويز مخالف لغرض القانون لأن اصل العقد اذا كان فاسداً لا تجوز الكفالة فيه ٠

اما القانون التركي فقد اشترط اجراء الكفالة بالصورة التحريرية ٠

وفي اللغة هي الضم مطلقاً و بما ان المكفول به يجوز ان يكون نفساً او مالاً او تسليم شيء لذلك فقد ورد في هذه المادة ضم ذمة الى ذمة في مطالبة . الا ان هذا التعريف لا يجمع أفرادها لأن الكفيل اذا كفل تسليم الصبي بدون امر وليه يطلب الكفيل دون الصبي ووليه فلا تكون الذمة ربطت في الذمة وكذا الولي والوصي ومتولي الوقف يطالبون بدين الصغير واليتيم والوقف والدين ثابت بذمة غيرهم .

وكذا اذا اخر الطالب عن الأصيل تأخر عن الكفيل . ولو اخر عن الكفيل لم يتأخر عن الأصيل هداية

الكفالة بالنفس و بتسليم الأعيان لا تشمل اكثر من المطالبة اما الكفالة بالدين فقداختلف بحقيقة ما يطلب فيها فالأمام الشافعي واحمد قالا ان الكفالة بالدين تبقى المطالبة والدين في ذمة المكفول وتجعل الكفيل مطالباً وذمته مشغولة بالدين لأن المطالبة فرع عن الدين فأذا لم يثبت الدين لاتثبت المطالبة وقالا بأن المنتقل بالكفالة بالدين لو كان المطالبة فقط لما جازت هبة الدين الى الكفيل لأن الهبة تمليك وتمليك الدين لغير من عليه الدين غير جائز (مجلة مادة ٨٤٨) وان للدائن ان يشتري من الكفيل مالاً بمقابل دينه وليس له ان يشتري مالاً بمقابل دينه من غير الكفيل وان الكفالة بالدين لا تسقط بوفاة الكفيل و يطلب الدين من تركته خلافاً للكفالة بالنفس فأنها تسقط بوفاة الكفيل . وان دين المديون اذا كفله كفيل ثم كفل هذا الكفيل كفيل ثانٍ بأمر الكفيل الأول ودفع الكفيل الثاني الدين فله اخذ ما دفعه من الكفيل الأول لامن المكفول . اما الأئمة الحنفية فقد قالوا ان الكفالة لاتتضمن الا المطالبة لأن الدين اذا ضم لذمة الكفيل وجب قلب الحقيقة ووجب استيفاء الدين الواحد من اثنين (خلافاً لما ورد في المادة ١٦٥١ من المجلة) وهذا غير جائز . وان الدين لا يتعلق بالذمة بدون التزام شرعي و بدون ضرورة والقصد من الكفالة هو توثيق الدين وهذاحاصل بالمطالبة ولايجب نقل الدين الى ذمة المطالب الآخر والفائدة ظاهرة بكون الدين واحداً والمطالبة متعددة لأن التوثيق يحصل بتعدد المطالبة مثلاً اذا اشترى الوكيل بالشراء المال وأضاف العقد لنفسه فالبائع يطلب الثمن من الوكيل وليس له ان يطلبه من الموكل لأن حقوق العقد تعود الى العاقد وكذا المغصوب منه له تضمين الغاصب وغاصب الغاصب واذا راجع احدهما سقط حق مطالبة الآخر

عند الا مامين لان مراجعة احدهما ومطالبته تمليك المغصوب له والفرق بين الغصب والكفالة ظاهر لان الدائن له مطالبة مديونه او مطالبة الكفيل بدينه وله مطالبة كل منهما حتى استيفائه قسماً من الدين من احدهما اما هبة الدين الى الكفيل وشراء المال منه بمقابل الدين فقد جوز لأنه عقد صادر من عاقل والعقود معتبرة لان أعمال الكلام اولى من اهماله ولأن التصرفات المذكورة جوزت للضرورة اما ثمرة هذا الخلاف فهي فيما اذاحلف الكفيل اليمين بأنه غير مديون فيحنث عند الشافعية ولا يحنث عند الحنفية ·

الذمة : هي الوصف والذات : وقد استعملت في هذه المادة بمعنى الذات فقط لأن الكفالة هي ضم الذات الي الذات لأن الوصف عرض فلا يقوم بذاته ·

الضم هو وضع الشيء فوق الشيء الآخر وهذا قيد احترازي يحترز به عن الحوالة لأنها نقل الدين من ذمة الى اخرى وكذا عبارة (يلتزم ايضاً المطالبة التي لزمت في حق ذلك) الواردة في هذه المادة هي قيد احترازي ايضاً لأن الكفالة لا تقع بحق مالا يجب دفعه على المكفول فلا تصح كفالة الأمين على مال الأمانة او الوديعة ولا بثمن المبيع على الوكيل بالشراء لأن الثمن لازم عليه · وكذا اذا قال احد لآخر انا كفيل لدارك اذا خربت او كفيل لغنمك اذا اكلها الذئب · وفي رد المحتار لا تقع الكفالة اذا قال رجل لآخر اذا استأجرت هذه الطاحون وخسرت فأنا كفيل · وفي رد المحتار اذا اشترى الصغير الغير المميز مبيعاً وكفله آخر عليه لا تنعقد الكفالة لعدم صحة البيع وعدم لزومه على الصغير في الأصل وفي الخيرية لا تنعقد الكفالة على ثمن المبيع في البيع الفاسد لأن المشتري يطالب بعين المبيع او ببدله لا بثمنه ·

وفي الأنقروي اذا قال رجل لآخر بع هذا الصغير مالاً وانا كفيله فباعه لا تصح الكفالة واذا قال له اقرض هذا الصغير مبلغ كذا وسلمه اياه بضماني صحت الكفالة لان الكفيل يكون مستقرضاً وآمراً بالتسليم الى الصغير ·

وفي الهندية لا تقع كفالة الكفيل لدرك المبيع الذي باعه الصبي الغير المميز وقبض ثمنه وتقع كفالة الدرك اذا كان الصغير لم يقبض الثمن ·

الكفالة ثابتة بالأجماع ايضاً لأن منشأها التعاون وهذا امر قد حس عليه الدين الأسلامي وقد ورد في الكتاب الكريم (وتعاونوا على البر والتقوى) (وكفلها زكريا) والأنسان محتاج لمعاونة غيره وقد ورد في الحديث (ان الله في عون العبد مادام العبد في عون اخيه) ·

الكفالة تنقسم باعتبار المكفول به الى الكفالة بالنفس والكفالة بالمال العين (كالكفالة على المغصوب) والكفالة بالمال الدين والكفالة بالتسليم ·

وتنقسم باعتبار العقد الى كفالة منجزة و كفالة معلقة و كفالة مضافة و كفالة مشروطة ·

وتنقسم باعتبار القيد والوصف ال كفالة موقتة و كفالة مطلقةو كفالة مقيدة ·

وتنقسم الكفالة المقيدة الى كفالة معجلة و كفالة مؤجلة ·

مادة ٦١٣ [الكفالة بالنفس هي الكفالة] بتسليم [شخص احدٍ] · معلوم وقد جوزت لأطلاق حديث الزعيم غارم لأن المطلق يجري على اطلاقه واذا قيل ان الكفالة النفسية لا تصح لتعذر تسليم المكفول قلنا ان الكفالة بالتسليم هي رفع الحواجز والحوائل التي تحول دون تسليم المكفول واراَئته الى الآمر والقاضي والاستعانة به على القبض عليه وهذا ممكن ·

مادة ٦١٤ [الكفالة بالمال هي الكفالة بأداء مالٍ]

وهذا التعريف يشمل العين كالكفالة بالمال المغصوب والكفالة ببدل الصلح عن دم العمد و يشمل الدين ايضاً لأنه مال انتهاء و بعد القبض الا ترى ان الدين يهبه الدائن الى مدينة ولا يشترط في هبته القبول لأنه وصف شرعي والهبة فيه اسقاط و يرتد بالرد لأنه مال انتهاء ·

مادة ٦١٥ الكفالة بالتسليم هي الكفالة بتسليم مال] يعني تعهد الكفيل بتسليم المال الواجب تسليمه على المكفول عنه كالكفالة بتسليم المبيع بعد اداء الثمن و بهلاكه ينتهي حكم الكفالة ومنه يعلم ان المكفول تسليمه لا يجب ان يكون مضموناً وعليه صحت كفالة تسليم الامانات بخلاف المكفول اداء عينه من المال حيث لا بد وان يكون مضموناً و بتلف العين يجب على الكفيل قيمتها و بهذا حصل الفرق بين كفالة العين و كفالة التسليم ·

مادة ٦١٦ [الكفالة بالدرك هي الكفالة بأداء ثمن المبيع وتسليمه او بنفس البائع اذا استحق المبيع] اي بتسلم نفس البائع اذا استحق المبيع ولذا فأن الكفالة بالدرك اما ان تكون بتسليم ثمن المبيع واما ان تكون بتسليم نفس البائع ·

الدرك اللحوق ومنه قوله تعالى (لا تخاف دركاً ولا تخشى) والأستحقاق هو ثبوت كون المال الموجود في يد احد الى آخر وهذا ينقسم الى قسمين الأول مبطل وهو ما يبطل الملكية

في الملك من كل الناس كثبوت كون العرصة الموجودة في يد احدٍ او المباعة الى احدٍ جارية في ملك مسجد او متروكة للعموم · والثاني ناقل وهو ثبوت كون المال المباع ملك غير البائع : وحيث كان للمشتري حق الرجوع على بائعه في قسمي الأستحقاق فتصح الكفالة بالقسمين المذكورين ·

مادة ٦١٧ [الكفالة المنجزة هي الكفالة التي ليست معلقة بشرط ولا مضافة الى زمان مستقبل ·] لأن الكفالة هي من العقود الممكن تعليقها على شرط واضافتها الى زمان مستقبل ·

مادة ٦١٨ [الكفيل هو الذي ضم ذمته الى ذمة الآخر اي تعهد بما تعهد به الآخر ويقال لذلك الآخر الأصيل والمكفول عنه] · والفرق في الكفالة في الدين بين الاصيل والكفيل ظاهر عند الحنيفة كما قلنا سابقاً لأن الأصيل مطالب ومديون والكفيل مطالب فقط ولأن الكفالة ربط ذمةٍ بذمة فلا تنقل الدين وتعريف الكفالة الوارد في هذه المادة وان كان يشمل الكفيل وكفيل الكفيل الا انه لا يشمل الكفالة الواقعة بدون امر الاصيل ولا يشمل الكفالة الواقعة بمجرد اقرار الكفيل مع انكار الأصيل لأن هذه الكفالة لا تتضمن ربط ذمةٍ بذمة ·

مادة ٦١٩ [المكفول له هو الطالب والدائن في خصوص الكفالة] لأن المكفول به اما ان يكون مالاً او نفساً او تسليماً ولذلك عرف المكفول له بالطالب والدائن ·

مادة ٦٢٠ [المكفول به هو الشيء الذي تعهد الكفيل باداۤئه وتسليمه وفي الكفالة بالنفس المكفول عنه والمكفول به سواۤء] · فالمكفول به في الكفالة بالدرك في القسم الاول هو ثمن المبيع وفي القسم الثاني هو البائع والمكفول له هو المشتري والمكفول عنه هو البائع ·

***

« الباب الأول »

(في عقد الكفالة ويحتوي على فصلين)

﴿ الفصل الأول ﴾

(في ركن الكفالة)

مادة ٦٢١ [تنعقد الكفالة وتنفذ بأيجاب الكفيل وحده] عند الأمام ابي يوسف والأمام الشافعي والأمام مالك والأمام احمد لأن الكفالة شرعت لأجل تأمين الدائن على دينه والمكفول له على ما وقعت الكفالة عليه وهذا يحصل بأيجاب الكفيل فقط ولا يحتاج الى قبول المكفول له [ولكن ان شاء المكفول له ردها فله ذلك] لأنه اذا لم يكن له ردها تكون قد عقدت جبراً والتصرفات لا تقع جبراً .

[وتبقى الكفالة ما لم يردها المكفول له وعلى هذا لو كفل احد في غياب المكفول له بدين على احد ومات المكفول له قبل ان يصل خبر الكفالة يطالب الكفيل بكفالته هذه ويؤآخذ بها]

وهذا ايضاً مستند الى قول الأمام ابي يوسف لأن الكفالة اذا كانت تحتاج الى الأيجاب والقبول كما ارتأى الطرفان لما وجب قبول الكفالة الواقعة في غياب المكفول له اذا توفي قبل ان يصله خبر الكفالة ألا أن الكفيل لا يستحق مطالبة المكفول عنه بهذه الكفالة لأنه متبرع فيها .

مادة ٦٢٢ [ايجاب الكفيل اي الفاظ الكفالة هي الكلمات التي تدل على التعهد والألتزام في العرف والعادة مثلاً لو قال كفلت اوانا كفيل او ضامن تنعقد الكفالة]

ولا تنعقد بألفاظ الشهادة بحسن حال المديون كقوله فلان رجل طيب ذو اخلاق حسنة يفي دينه أعطه ما يريد . واذا وقعت الكفالة بلفظ الكفالة فقط دون ان يبين الكفيل انه كفيل النفس او الدين بأن قال انا كفيل فلان يعتبر الأدنى منها وهي الكفالة بالنفس لأن اللفظ

اذا امكن استعماله بمواقع عديدة يعتبر في المشكوك الأدنى والكفالة بالنفس هي ادنى الكفالات واذا اختلف الكفيل والمكفول له فقال الكفيل كفلت كفالة نفسية وقال المكفول له كفلت كفالة مالية ترجح بينة مدعي الكفالة ٠

وأذا وقعت الكفالة على جزء شائع من الانسان تصح اذا كان الجزء الشائع في حكم الكل كمن قال كفلت رأس فلان ولا تصح اذا قال كفلت يد فلان او رجله او كلامه لأن الكلام ليس بجزء شائع من الكفيل والنفس لاتتجزأ ولا يكون جزؤ الكفيل كفيلاً والجزؤ الآخر بريئاً واذا اجتمعت البراءة والذمة رجحت البراءة لأنها مانعة وتعقد الكفالة ايضاً بأشارة الأخرس المعروفة وبالمكاتبة ٠

مادة ٦٢٣ [تكون الكفالة بالوعد المعلق ايضاً انظر الى المادة ٨٤ مثلاً لو قال ان لم يعطك فلان مطلوبك فأنا اعطيكه تكون كفالة ولو طالب الدائن المديون ولم يعطه يطالب الكفيل]

لأن الكفالة عقد يجوز تعليقه بالشرط واضافته الى الزمان المستقبل اما الوعود المجردة فلا تدخل تحت الكفالة ولا تثبتها كما مرّ ذكر ذلك وقد ورد في هذه المادة « ولو طالب الدائن المديون بحقه ولم يعطه يطالب الكفيل » لأن الكفيل لا يطالب قبل تعذر الأخذ من المديون المكفول عنه وكذا اذا قال له كفلت لك دين فلان اذا كنت لم اسلمك اياه غداً ولم يسلمه اياه لزمته الكفالة اما اذا قال المديون لآخر ادفع ما عليّ من الدين فقال الآخر بلى يكون قوله هذا وعداً مجرداً ولا يلزمه المبلغ ٠

مادة ٦٢٤ [لو قال انا كفيل من هذا اليوم الي الوقت الفلاني تنعقد منجزة حال كونها كفالة موقتة] ٠

وتنعقد الكفالة الموقتة بتعيين مبدأ الوقت ومنتهاه وهذه الكفالة موقتة بالأتفاق ٠

وتنعقد ببيان المبدأ فقط كقوله كفلت لشهر فيعتبر مبدأ المدة اليوم الأول الذي يلي يوم الكفالة وتنعقد ببيان آخر المدة كقوله انا كفيل الى شهر فيكون المبدأ يوم الكفالة وبجميع هذه الصور تبرأ ذمة الكفيل بانقضاء المدة ٠

وتنعقد ببيان المبدأ فقط كقوله انا كفيل فلان من اليوم فتقع الكفالة مطلقة من يوم الكفالة .
وتنعقد ببيان يوم معين كقوله انا كفيل اعتباراً من يوم كذا وتكون مضافة لا منجزة .

مادة ٦٢٥ [كما تنعقد الكفالة مطلقة كذلك تنعقد بقيد التعجيل والتأجيل بأن يقول انا كفيل على ان يكون الأيفاء في الحال او في الوقت الفلاني] .

تنعقد الكفالة بدون شرط التعجيل او التأجيل وتنعقد باشتراطهما او باشتراط احدهما اما مدة الأجل فتعتبر و يعتبر معها الشرط اذا كانت غير مجهولة او كانت مجهولة جهالة يسيرة كوقت الحصاد واذا كانت فاحشة فالكفالة صحيحة والشرط لغو كقوله كفلت اذا نسم الهواء اونزل المطر .

مادة ٦٢٦ [تصح الكفالة عن الكفيل] اي يجوز ان يكفل الكفيل كفيل ثان سوآء كانت الكفالة مالية او نفسية و يجب في كل الأحوال ان تكون كفالة الكفيل الثاني بقوة كفالة الكفيل الأول أو أدنى منها فأذا كفل الكفيل الأول المال يمكن للكفيل الثاني ان يكفل المال او النفس لأن كفالة النفس اقل من المال واذا كان الكفيل الأول كفيلاً كفالة نفسية فلا يجوز للكفيل الثاني ان يكون كفيلاً كفالة مالية لان الأدنى لا يتضمن الأعلى .

مادة ٦٢٧ [يجوز تعدد الكفلاء] لأن حكم الكفالة هو المطالبة والمطالبة هي توثيق محل الطلب وتوسيعه فلا مانع من تعدد الكفلاء وكذلك يجوز للرجل الواحد ان يكفل اشخاصاً متعددين و يجوز تعدد الكفلاء بأن يكفل بعضهم نفس المديون والآخر دينه .

* * *

الفصل الثاني

(في بيان شرائط الكفالة)

شرائط الكفالة تتحرى اولاً بالكفيل فيجب ان يكون عاقلاً بالغاً راضياً بالكفالة وان يكون غير المكفول له وغير مريض مرض الموت ، ثانياً بالمكفول عنه فيجب ان يكون المكفول عنه معلوماً ومعيناً . ولايجب ان يكون عاقلاً بالغاً ، ثالثاً بالمكفول به فيجب ان يكون المكفول به معلوماً نفساً ومكاناً اذا كانت الكفالة بالنفس و يجب ان يكون مضموناً على الأصيل وان يكون مقدور التسليم رابعاً بالمكفول له فيجب ان يكون معلوماً .

مادة ٦٢٨ [يشترط في انعقاد الكفالة كون الكفيل عاقلاً و بالغاً فلا تصح كفالة المجنون والمعتوه والصبي ولو كفل حال صباه لا يؤآخذ وان اقر بعد البلوغ بهذه الكفالة] ٠

يكفى للعاقدين في البيع والأجارة ان يكونا عاقلين فقط وفي الكفالة يجب ان يكونا عاقلين و بالغين ايضاً لأن الكفالة عقد تبرع ابتداآءً وعقد التبرع لا يكون الا من عاقلٍ بالغ لذلك لا تصح كفالة الصبي ولو مميزا الا اذا اشترى ولي الصغير المميز مالاً للصغير من احتياجاته الضرورية كنفقته و كسوته وامر الصغير بأن يكفله على ثمنه فكفله تصح كفالته لأنه مواخذ في الاصل بالثمن واذا اختلف الكفيل والطالب في وقت الكفالة فقال الكفيل كفلت حينما كنت صبياً وقال الطالب كفلت حال بلوغك فالقول قول الكفيل ٠ وكذا اذا قال الكفيل كفلت حينما كنت مجنوناً وقال الطالب حينما كنت عاقلاً فاذا عرف ان الكفيل كان مجنوناً فالقول قوله واذا لم يعرف فالقول قول الطالب (هندية) ٠

وكذا لا تصح كفالة المكره ولا كفالة المريض مرض الموت فأذا كفل الكفيل في مرض موته اجنبياً صحت الكفالة من ثلث المال المتروك الا اذا كانت تركته مستغرقة بالدين فلا تصح كفالته اصلاً ٠ وكذا اذا اقر الكفيل بدين يستغرق مجموع موجوده بعد الكفالة في مرض الموت فأقراره بالدين يسقط حكم الكفالة الا اذا اقر حال مرضه بأنه كان حال حياته كفل المكفول يصح اقراره و يعتبر من مجموع المال وكذا اذا كفل حال صحته وقيد الكفالة بشرط تحقق حال مرضه كمن قال اني كفيل لكل ما يقر به فلان أنه في ذمته ثم اقر المديون حال مرض الكفيل بدين تعتبر الكفالة من كل المال و يخاصم المكفول له الغرمآء (هندية) ٠

وليس للمريض ان يبرأ وارثه في مرض موته من الكفالة المالية ولا أن يبرأ الاجنبي فيما زاد عن ثلث المال محاباةً خلافاً للكفالة النفسية فأنها ليست بمال فيصح ابرآء المكفول له وراثه والاجنبي منها في مرض الموت ٠ وهذه الاحكام تخالف ما جآء في اكثر القوانين المدنية الغربية لأن تلك القوانين اجازت لكل انسان ان يتصرف في التبرعات حتى في جميع امواله مهما شآء وكيفما اراد بدون قيد ولا شرط اذا كان لا ولد له سوآء كان مريضاً او صحيحاً و يتصرف بنصف امواله اذا كان له ولد واحد و يتصرف بالثلث اذا كان له ولدان و يتصرف بالربع اذا

كان له ثلاثة أولاد فأكثر لذلك فأن تلك القوانين لا تري لزوماً للبحث عن مرض الموت لاجل صحة التبرعات أما قانوننا المدني فأنه اعطى الانسان حرية التصرف في ماله وجعله غير مقيد بشيء من القيود حتى ولو كان مديوناً فأذا كان صحيح الجسم والعقل فله هبة جميع ماله لمن شآء واراد لان الوارث لا يملك شيئاً من مال المورث حال حياته واذا مرض صارت تصرفاته مشكوكاً بها وصار من الواجب تقييده لامكان ترجيح وارث على آخر واعطاء المال الى الاجنبي وحرمان الوارث من ارثه فلم يعتبر هذا القانون تصرفات المريض وهبة الاموال لوارثه ولا هبة اكثر من ثلث ماله للاجنبي على ماهو معلوم فتدبر

مادة ٦٢٩ [لا يشترط كون المكفول عنه عاقلاً و بالغاً فتصح الكفالة بدين المجنون والصبي]

وتصح بنفسه ايضاً لانها مفيدة للصغار والمجانين لعدم امكان اعتبار امرهم لانه بمثابة الاقرار. يستثنى من ذلك كفالة الكفيل اذا كفل دين الصبي المميز المأذون بالتجارة بأمره فأنه يرجع عليه بما دفعه واذا كفل الكفيل نفس الصغير بدون اذن وليه او وصيه لا يجبر الصغير على تسليم نفسه واذا كانت بأمر الوصي يجبر.

وكذلك المكفول له فأنه لا يشترط فيه العقل والبلوغ لان الكفالة مفيدة له ولانها تقع بأيجاب الكفيل فقط عند ابي يوسف فلا تحتاج الى قبول ولذا لا يجب ان يكون المكفول له عاقلاً بالغاً.

ماده ٦٣٠ [اذا كان المكفول به نفساً يشترط ان يكون معلوماً] شخصاً ومكاناً فلا تصح كفالة الغائب والمجهول الاقامة [وان كان مالاً لا يشترط ان يكون معلوماً فلو قال انا كفيل بدين فلان على فلان تصح الكفالة وان لم يكن مقداره معلوماً].

لان المكفول به والمكفول عنه بالكفالة بالنفس واحد ومعلومية المكفول عنه شرط لصحة الكفالة اما الجهالة اليسيرة فلا تمنع صحة الكفالة فأذا قال الكفيل بع مالك من احد هذين الرجلين وانا كفيل من تبيعه له صحت الكفالة ولا يشترط معلومية المكفول به بالكفالة المالية لأن الكفالة شرعت للتوسع والأحتياج فإذا اشترط فيها معلومية المكفول به تخرج عما وضعت له

وكذلك الكفالة بالدرك فأنها مجهولة في الأصل لعدم امكان معرفة مقدار مايستحق لذلك فالجهالة في المكفول به اذا كان مالاً لا تمنع صحة الكفالة ولو كانت فاحشة بل يكلف الكفيل لبيان مقدار المبلغ الذي كفله واذا ادعى المكفول له الزيادة ولم يبرهن يحلف الكفيل اليمين عليها ٠وفي رد المحتار اذا قال الكفيل كفلت بعض مابذمة فلان من الدين تصح الكفالة ويكلف لبيان المبلغ الذي كفله ٠

ويجب ان يكون المكفول عنه والمكفول به معلومين كما يستفاد ذلك من عبارة (بدين فلان على فلان) الواردة في متن هذه المادة فلا يجوز ان يكون المكفول به مجهولاً ولو جهالة يسيرةً الا الكفالة بشركة المفاوضة فأنها واقعة على المجهول وقد جوزت لأن الكفالة فيها تابعة للشركة ولم تكن مقصودة بالذات ويستفاد ايضاً من الفقرة المذكورة لزوم وقوع الكفالة من غير المكفول له افلا يجوز للوكيل بالبيع ان يكفل نفسه على ثمن المبيع الذي باعه لأن قبض الثمن من حق الوكيل بالبيع فلا تجوز كفالته قبل القبض واذا كفله ودفعه الى الموكل يرجع بما دفعه له ٠ ولا تجوز ايضاً الكفالة به بعد القبض لان الثمن بعد القبض ليس بمضمون على الوكيل واذا تلف في يده بدون تعدٍ او تقصير لا يضمنه ٠وكذا الولي والوصي لا تصح كفالتهما ثمن مبيع باعاه وتصح كفالة الوصي لدين المتوفي الثابت في ذمة ولده الكبير واذا كفل يسقط حق قبضه لهذا المبلغ حسب الوصاية ويعين الحاكم وصياً غيره لقبض الدين لحساب القاصر ٠ ولا تصح كفالة المضارب لرب المال بثمن المال الذي باعه وتصح كفالة الوكيل بقبض الثمن والرسول بالبيع لثمن المبيع قبل قبضه ولا تجوز كفالة احد الشركاء في الدين المشترك المديون لأن الكفالة اذا وقعت بحق حصةٍ معينةٍ يكون الدين قد قسم قبل القبض واذا وقعت على مجموع الدين يكون الدائن قد كفل ما هو له وهذا غير صحيح ٠

٥ مادة ٦٣١ [يشترط في الكفالة بالمال ان يكون المكفول به مضموناً على الأصيل يعني ان ايفاءه يلزم الأصيل] ٠ لانه لو لم يكن كذلك لوجب ترتب المطالبة بحق الكفيل دون ان تكون مترتبة بحق الاصيل وهذا مخالف لمشروعية الكفالة اما المال المكفول به فيكون عيناً او ديناً والاعيان تكون مضمونةً او غير مضمونة والاعيان المضمونة تكون مضمونةً بنفسها او بغيرها ٠

فالأعيان الغير المضمونة هي الأعيان التي اذا تلفت لا يجب فيها التضمين ولا يسقط شيء بمقابلها كالوديعة فهي أمانة غير مضمونة والأعيان المضمونة بغيرها هي الأعيان التي اذا تلفت لا يجب التضمين بل يسقط شيء بمقابلها كالمال المرهون فأنه اذا تلف في يد المرتهن يسقط الدين والمبيع اذا تلف في يد البائع يسقط الثمن فالكفالة لا تصح بحق الأعيان الغير المضمونة والأعيان المضمونة بغيرها . اما الأعيان المضمونة بنفسها وهي التي اذا تلفت يجب تضمين مثلها او قيمتها كالمال المقبوض بالغصب او بسوم الشرآء فتصح الكفالة بها . وتقسم الديون ايضاً الى صحيحة وغير صحيحة فالصحيحة هي الديون التي لا تسقط الا بالأدآء او بالأبرآء كثمن المبيع و بدل الأيجار والمال المغصوب . وغير الصحيحة هي الديون التي تسقط بغير الأدآء والأبرآء كأقرار الصبي الغير المميز بالدين فالكفالة تصح بالديون الصحيحة ولا تصح بالديون الغير الصحيحة الا النفقة المقدرة الغير المستدانة فهي من الديون الغير الصحيحة وتسقط بالطلاق والوفاة وتصح الكفالة من اجلها استحساناً .

٥ [فتصح الكفالة بثمن المبيع و بدل الأجارة وسائر الديون الصحيحة] .

وتصح بالبيع الصحيح والأجارة الصحيحة ولا تصح بالبيع الفاسد والأجارة الفاسدة بالثمن والبدل المسمى لأن ما يجب دفعه فيهما هو ثمن المثل و بدل المثل لا الثمن والبدل المسمى .
وتصح الكفالة بالبيع الصحيح ولو ادخل المتبايعان شرطاً مفسداً للعقد بعد الأنعقاد والكفالة .

٥ [كذلك تصح الكفالة بالمال المغصوب وعند المطالبة يكون الكفيل مجبوراً على ايفائه عيناً او بدلاً] . فأذا كان المغصوب موجوداً تصح الكفالة على اصله واذا كان تالفاً تصح الكفالة على مثله او قيمته بالأتفاق وتصح عند ابي يوسف على عينه ولو كان تالفاً وتنصرف الى مثله او قيمته ولا تصح عند الأمام الاعظم لأنها كفالة ما لا يجب اجراؤه على الأصيل .

٥ [و كذلك تصح الكفالة بالمال المقبوض على سوم الشرآء ان كان قد سمي ثمنه واما الكفالة بعين المبيع قبل القبض فلا تصح لأن البيع لما كان ينفسخ بتلف المبيع في يد البائع لا يكون عين المبيع مضموناً عليه بل انما يلزمه رد ثمنه ان كان قد قبضه و كذلك لا تصح الكفالة بعين المال المرهون والمستعار وسائر الأمانات لكونها غير

مضمونة على الأصيل لكن لو قال انا كفيل ان أضاع المكفول عنه هذه الأشياء او استهلكها تصح الكفالة وايضاً تصح الكفالة بتسليم المبيع وبتسليم هؤلاء وعند المطالبة لو لم يكن للكفيل حق حبسها من جهة يكن مجبوراً على تسليمها الا انه كما ان في الكفالة بالنفس يبرأ الكفيل بوفاة المكفول به كذلك لو تلفت هذه المذكورات لا يلزم الكفيل بشيء] .

والخلاصة ان كل ما كان غير مضمون على الأصيل لا تصح فيه الكفالة كالدين الناشيء عن ثمن الحر أو الرشوة او الميسر فلا يلزم الأصيل ولا الكفيل . وتجوز كفالة الخياط الذي اخذ الثوب ليخيطه عند الأمامين لأنهما قالا بضمانه عند التلف ولا تجوز عند الأمام الاعظم لأنه قال بأمانته وفي الهندية اذا كفل الكفيل الأجرة التي هي من الأعيان فتلفت قبل التسليم في يد المستأجر بريء الكفيل من الكفالة ووجب على المستأجر اجر المثل .

لاحقة : يجب ان يكون المكفول به مقدور التسليم وان يكون استحصاله من الكفيل ممكناً ولهذا لا تجري الكفالة على القصاص ولا على الشخص الميت او الغائب ولا على ضمان الخلاص اي منع المستحق من اخذ المال المباع اذا ادعى الاستحقاق ولا على حمل الدابة المعينة — لأمكان هلاكها — لأن البعض من ذلك ليس بمقدور التسليم والبعض الآخر لا يمكن استحصاله من الكفيل .

٥ مادة ٦٣٢ [لا تجري النيابة في العقوبات فلا تصح الكفالة بالقصاص وسائر العقوبات والمجازاة الشخصية ولكن تصح الكفالة بالأرش والدية اللذين يلزمان الجارح والقاتل] .

العقوبات نوعان شخصية ومالية والقصد من العقوبات الشخصية هو زجر الأصيل فأذا زجر الكفيل لا تحصل الفائدة المطلوبة لذلك لا تجري النيابة ولا الكفالة فيها اما العقوبات المالية فتصح فيها الكفالة لأنها تتعلق بالمال وتصح ايضاً بالأرش والدية لانها عقوبات مالية لا بدنية وتصح بتسليم القاتل والجارح لانه مقدور التسليم .

الدية هي المال الواجب اداؤه من الجاني بدلاً من نفس المقتول بجناية القتل و بدلاً من العضو المجروح في ما دون النفس وتسمى دية النفس ديةً كاملة ودية العضو ارشاً ٠

مادة ٦٣٣ [لا يشترط يسار المكفول عنه وتصح الكفالة عن المفلس ايضاً] ٠

المفلس نوعان مفلس الحياة وهو من ساوت ديونه أمواله او زادت عليها ولا خلاف بين علماء الحقوق في صحة الكفالة عنه لثبوت ديونه في ذمته واعتباره مسؤلاً بها لاحتمال غناه لان المال غاد ورائح ٠

الثاني مفلس الموت وهو من فارق الحياة وعليه دين ليس في مقابلته عنده مال ولا لدائنه رهن او كفيل في الحياة وقد اختلفت الأئمة بصحة الكفالة عن هذا المفلس فالشافعي ومالك وصاحبا ابي حنيفة قالوا بصحتها لعدم سقوط ما عليه من الدين على الأطلاق بدليل جواز التبرع بأيفاءه بالأجماع وان اعتبر ساقطاً بالنسبة لانعدام المحل وهو المال والذمة ٠ ولفظ المفلس في هذه المادة عام شامل للنوعين وقال ابو حنيفة لاتصح لأن الموت يخرب الذمة المتحملة للدين و يسقط الديون في الأحكام المدنية ولا تصح الكفالة بما سقط من الديون وهذا دليل ضعيف بالنسبة لدليل الفريق الأول ومما يزيد ضعفه هو ان الكفالة عن المفلس في حياته صحيحة بالأتفاق ولا يبطلها حدوث الموت فصار الموت لا تأثير له في الأبطال لاسيما وان شروط الصحة في العقود واجبة الدوام وقد ورد عنه عليه الصلاة والسلام انه كان يمتنع من الصلاة على من عليه دين حتى يضمن ومن هنا يتضح ان تقييد بعض الشراح لهذه المادة بالمفلس الحي هو قول بعيد عما اختاره الفقهاء واتفق عليه صاحبا ابي حنيفة والشافعي ومالك وهذا القول معروف في المذهب وأروج للتجارة وأقرب لمقاصد الشرع العامة اما فعل الرسول عليه الصلاة والسلام فأنه حضر يوماً صلاة جنازة احد الأنصار وقبل اداء الصلاة سأل من الصحابة الكرام عما اذا كان المتوفى مديوناً او غير مديون ولما قيل له انه مديون امر الصحابة بالصلاة عليه قائلاً صلوا على اخيكم فقال ابو قتادة انا كفيل دينه يا رسول الله فقبل الرسول هذه الكفالة وصلى عليه ٠

« الباب الثاني »

(في بيان احكام الكفالة ويحتوي على ثلاثة فصول)

﴿ الفصل الأول ﴾

(في بيان حكم الكفالة المنجزة والمعلقة والمضافة)

« والمشروط بالشرط الصحيح والشرط الفاسد »

تصح الكفالة المشروطة بالشرط المتعارف ويعتبر الشرط فتصح كفالة الكفيل اذا قال للمكفول له انا كفيل مالك في ذمة فلان من الدين بشرط ان احيلك به على فلان فاذا قبل المحال عليه هذه الحوالة صحت الكفالة واذا مات المحال عليه او رفض الكفالة لا يطالب الكفيل بكفالته ٠

وتصح الكفالة اذا وقعت بشرط غير متعارف ويكون الشرط لغوا فاذا قال انا كفلت دين فلان بشرط ان يكفله ايضاً فلان فلا تصح الكفالة ويلغى الشرط لتعذر اجبار الكفيلين الآخرين على الكفالة ٠

مادة ٦٣٤ [حكم الكفالة المطالبة يعني للمكفول له حق مطالبة المكفول به من الكفيل]٠ واذا كانت الكفالة مطلقة يجوز للمكفول له ان يطالب الأصيل او الكفيل ولا يكلف بمطالبة الأصيل اولاً لأنه لا بد من ترتيب الاثر على افعال المكلفين واثر الكفالة هو المطالبة لذلك يجوز للمكفول له ان يطالب الاصيل والكفيل معًا او احدهما اولاً والثاني ثانيًا ولو تكرر منه ذلك ويمكن للدائن مطالبة دينه من الكفيل ولو قبض جانبًا من دينه من الأصيل او استحصل حكمًا وهذه الأحكام تنافي ما جاء في القانون المدني الأفرنسي اذ جاء في المادة ٢٠٢١ منه لا يطالب الكفيل ما لم تتحرى أموال المديون ويظهر عجزه عن اداء الدين الا اذا فرغ الكفيل عن هذا الحق حين الكفالة او كان كفيلاً وضامنًا على طريق الكفالة في المال فأنه لا يطالب حينئذ بدين الأصيل ٠

مادة ٦٣٥ [يطالب الكفيل في الكفالة المنجزة حالاً ان كان الدين معجلاً في حق الأصيل وعند ختام المدة المعينة ان كان مؤجلاً مثلاً لو قال احد انا كفيل

عن دين فلان فللدائن ان يطالب الكفيل في الحال ان كان معجلاً وعند ختام مدته ان كان مؤجلاً]. لأن ذمة الكفيل تابعة لذمة الأصيل والتابع لا يفرد في الحكم واذا كان بعض الدين معجلاً والبعض الآخر مؤجلاً يطالب الكفيل بالمعجل حالاً و بالمؤجل حين حلول اجله .

مادة ٦٣٦ [اما في الكفالة التي انعقدت معلقة بشرط او مضافة الى زمان مستقبل فلا يطلب الكفيل مالم يتحقق الشرط و يحل الزمان] . لأن الكفالة اذا علقت على الشرط لا تكون غير صحيحة لأمكان تراخي العلة عن المعلول كما ذكرنا ذلك مفصلاً في كتاب الأيجار .

واعلم بأن القصد من الشرط هو الشرط الملائم لا الغير الملائم فأذا علقت الكفالة على شرط غير ملائم كنزول المطر وهبوب الهوآء يبطل الشرط والكفالة لأن الكفالة نذروتبرع ابتدآء فيجوز تعليقها بأي شرط كان و بيع انتهآء فلا تعلق على الشرط الغير الملائم .

الشرط الملائم ثلاثة انواع : النوع الأول الشرط المسبب لتعذر أخذ واستيفاء المكفول به من المكفول عنه . [مثلاً لو قال ان لم يعطك فلان مطلوبك فأنا كفيل بأدائه تنعقد الكفالة مشروطة و يكون الكفيل مطالباً ان لم يعطه فلان المذكور ولا يطالب الكفيل قبل المطالبة من الأصيل] .

النوع الثاني الشرط الذي هو سبب وجوب ولزوم المكفول به على الأصيل مثلاً . [لو قال ان سرق فلان مالك فأنا ضامن تصح الكفالة فأذا ثبتت سرقة ذلك الرجل يطالب الكفيل] . لأن الكفيل علق الكفالة على سبب الضمان وهي السرقة وكذلك الكفالة بالدرك فهي من هذا القبيل لأن الكفيل كفل المال اذا ضبط بالأستحقاق . وكذلك الكفالة على الوديعة اذا استهلكها الوديع . النوع الثالث التعليق على شرط يسهل اخذ المكفول به من المكفول عنه مثلاً . [لو كفل على انه متى طالبه المكفول له فله مهلة كذا يوماً فمن

وقت مطالبة المكفول له تعطى مهلة للكفيل الى مضي تلك الأيام و بعد مضيها يطالب المكفول له الكفيل في اي وقت شاء وليس للكفيل ان يطلب ثانياً مهلة كذا يوماً]

اي ان تعليق الكفالة على الشرط جائز ولا تتحقق الكفالة الا بتحقق التعليق والشرط فلا يطالب الكفيل بمقتضى هذه الكفالة الا اذا طالبه المكفول له ومضت بعد ذلك المهلة المعينة واذا كان الشرط فاسداً فلا يفسد الكفالة كما قلنا بل يكون لغواً .

[وكذا لو قال انا كفيل بما يثبت على فلان من الدين او بالمبلغ الذي تقرضه فلاناً او بما يقبضه منك فلان او بثمن ما تبيعه لفلان فلا يطالب الكفيل الا عند تحقق هذه الأحوال اي عند ثبوت الدين والأقراض وتحقق الغصب و بيع المال وتسليمه و كذا لو قال انا كفيل بنفسي فلان على ان احضره في اليوم الفلاني لا يطالب الكفيل بأحضار المكفول به قبل ذلك اليوم] . واذا قال كفلت على انك كلما طلبت مني فلي أجل شهر تنعقد الكفالة واذا كانت مالية وطالبه ومضى الشهر يجب عليه الدفع واذا كانت نفسية وطالبه ومضى الشهر يجب عليه التسليم ايضاً واذا طالبه بعد ذلك المرة بعد المرة يجبر على التسليم في الكفالة النفسية ولا يجبر على اداء تلك الكفالة مرة بعد اخرى لان الديون لا تطالب من شخصين ولا تستوفى مرتين اما النفس فيمكن تسليمها اكثر من مرة .

وكذا اذا قال رجل لآخر بع مالك الفلاني الي فلان وانا كفيل بثمنه فباعه اياه وطالب الكفيل بالثمن فأذا أقر يكلف بدفعه واذا أنكر ينظر فأذا كان المبيع موجوداً بيديهما يقبل قولهما لأنهما أخبرا بما هما مقتدران على انشائه واذا كان غير موجود فلا بد للطالب من اقامة البرهان . وكذا اذا قال له انا كفيل لما تبيعه الى هذا فباعه نصف فرس ثم باعه النصف الآخر تكون الكفالة بالنصف الأول فقط . وكذا اذا قال لآخر بع دابتك هذه الى فلان بألف قرش وانا كفيل فباعها بألفين لا يكون كفيلاً الا بألف قرش فقط .

٦٣٧ [يلزم عند تحقق الشرط تحقق الوصف والقيد ايضاً] . والا فلا تتحقق الكفالة بمجرد تحقق الشرط وبدون تحقق الوصف او القيد [مثلاً لو قال انا كفيل بأداء

اي شيء يحكم به على فلان وأقر فلان المذكور بكذا دراهم لا يلزم الكفيل اداؤه ما لم يلحقه حكم الحاكم] . لأن الشرط المعلق عليه هو حكم الحاكم فلا تقع المطالبة من الكفيل بدونه . اما الأصيل فأنه يطالب لمجرد أقراره وكذا اذا غاب الأصيل واثبت الدائن دعواه الدين عليه بحضور الكفيل لا تسمع لأن الحكم على الأصيل شرط وتسمع دعواه على الكفيل وحده اذا أقام الدعوى على الأصيل واخذ حكماً بما يطلب له منه .

اما لو قال انا كفيل بأداء اي شيء يقر به فلان او يثبت على فلان فتنعقد الكفالة و يطالب الكفيل بدون صدور الحكم على الأصيل .

ولا تصح الكفالة بقوله انا كفيل بكل ما تدعيه على فلان ولا تقع ايضاً بحكم الحاكم الشافعي اذا قال الكفيل انا كفيل بما يحكم به الحاكم الحنفي على هذا المديون لأن فروع المسائل تختلف في المذهبين اما لو قال انا كفيل بما يحكم به الحاكم الحنفي الفلاني على فلان وحكم به حاكم حنفي آخر فتصح الكفالة .

مادة ٦٣٨ [لا يؤاخذ الكفيل بالدرك اذا ظهر مستحق ما لم يحكم بعد المحاكمة على البائع برد الثمن] . لأن القاعدة في ذلك هي ان البائع نفسه لا يطالب بالثمن ما لم يفسخ البيع للاستحقاق ولذلك لا يطالب الكفيل الا بعد المحاكمة والحكم على البائع برد الثمن ففي الاستحقاق المبطل اذا ثبت الاستحقاق يؤاخذ الكفيل ولا يحتاج الى صدور حكم آخر على البائع يتضمن الحكم عليه برد المبيع كاستحقاق مال الوقف وفي الاستحقاق الناقل اذا ثبت الاستحقاق لا يؤاخذ الكفيل الا بعد فسخ البيع بالمحاكمة .

و يكون ابطال البيع وفسخه بأحد وجهين الأول ان يفسخ المستحق المبيع فيطالب البائع و كفيله بمجرد الفسخ . والثاني ان يحكم بالاستحقاق فقط فأذا حكم بالاستحقاق وأقام المشتري دعواه بطلب رد الثمن وحكم بها يفسخ البيع و يطالب الكفيل بكفالته . وهذا ما ورد في متن هذه المادة حيث اشترطت شرطين الأول ظهور المستحق اي دعوى الاستحقاق والثاني الحكم بعد المحاكمة بالثمن .

استطراد : الكفالة بالدرك تمنع الكفيل من دعوى الشفعة وتمنع دعوى الملك بالعقار

المكفول لأنها اقرار من الكفيل في الكفالة ورضاء بالبيع والرضاء يسقط الشفعة والأقرار يمنع دعوى الملك . انتهى .

مادة ٦٣٩ [لا يطالب الكفيل بكفالته الموقتة الا في مدة الكفالة مثلاً لو قال انا كفيل من هذا اليوم الى شهر لا يطالب الكفيل الا في ظرف هذا الشهر وبعد مروره يبرأ من الكفالة] . حتى اذا طولب في اثناء الشهر واستمهل ومضى الشهر سقطت الكفالة الا اذا راجع الدائن الحاكم في مدة الشهر المذكور وأقام الدعوى على الكفيل فله اخذ المبلغ منه ولو مضت مدة الكفالة لأن الكفالة الدائمة هي كالهبة والكفالة الموقتة هي كالأعارة .

مادة ٦٤٠ [ليس للكفيل ان يخرج نفسه من الكفالة بعد انعقادها] .

لأن الكفالة اذا كانت غير مقيدة بقيد او مشروطة بشرط تكون نافذة بحق الكفيل ويجب عليه اداؤها الا اذا ابرأه المكفول منها او ردها .

[ولكن له ذلك قبل ترتب الدين في ذمة المديون في الكفالة المعلقة والمضافة فكما انه ليس لمن كفل احداً عن نفسه او عن دينه منجزاً ان يخرج نفسه من الكفالة كذلك لو قال ما يثبت لك على فلان من الدين فأنا ضامن له ليس له الرجوع عن الكفالة لأنه وان كان ثبوت الدين مؤخراً عن عقد الكفالة لكن ترتبه في ذمة المديون مقدم على عقد الكفالة واما لو قال ماتبيعه لفلان فثمنه عليّ او قال انا كفيل بثمن المال الذي تبيعه لفلان يضمن للمكفول له ثمن المال الذي يبيعه المكفول له لفلان المذكور الا ان له ان يخرج نفسه من الكفالة قبل البيع بأن يقول رجعت عن الكفالة فلاتبع لذلك الرجل مالاً فلو باع المكفول له شيئاً بعد ذلك لا يكون الكفيل ضامناً لثمن ذلك المبيع] .

لأن الكفالة المعلقة على الصور المبينة أعلاه لا تتحقق الا بوجود المبايعة ولذلك يجوز للكفيل

ان يخرج نفسه من الكفالة بالصورة المذكورة في هذه المادة ويجب عليه اخبار المكفول له بخروجه منها كي لا يغرر . وكذلك اذا عقدت الكفالة بخيار الشرط كمن كفل مالاً بأن يكون مخيراً مدة معلومة فله اخراج نفسه من الكفالة في هذه المدة وكذلك من كفل بخيار الرهن اي الكفيل الذي كفل بناء يعطيه المكفول عنه رهناً تلزمه الكفالة اذا اعطى الرهن والا فلا . وكذا اذا آجر داراً مشاهرة كل شهر بكذا قرشاً وكفل الكفيل بدل الأيجار ومضى الشهر الأول تسقط الكفالة لأن الأجارة الواقعة على هذا الوجه تكون صحيحة بحق الشهر الأول وفاسدة بحق الشهر الثاني .

مادة ٦٤١ [من كان كفيلاً برد المال المغصوب والمستعار وتسليمهما اذا سلمهما الى صاحبها يرجع بأجرة نقلهما على الغاصب والمستعير اي يأخذها منهما] .

لأن مصاريف رد المال المستعار والمال المغصوب على المستعير والغاصب ولذا يحق للكفيل بالأمر ان يرجع على المستعير والغاصب بما صرفه لرد المال المستعار والمال المغصوب وأذا كفل بدون امر من المكفول لا يرجع . اما مؤنة رد المأجور والوديعة فهي على المؤجر والمودع فلا يكاف الكفيل برد المأجور والوديعة الا بالتخلية ولا يصرف شيئاً لأجل الرد لأن التخلية تكفي في ذلك .

وتفترق الوكالة برد المال المغصوب والمال المستعار عن الكفالة لأن الوكيل لا يكاف لدفع مصاريف التسليم ولا يجبر على القيام بالوكالة .

***

﴿ الفصل الثاني ﴾

(في بيان حكم الكفالة بالنفس)

مادة ٦٤٢ [حكم الكفالة بالنفس هو عبارة عن احضار المكفول به اي لأي وقت كان قد شرط تسليم المكفول به يلزم احضاره على الكفيل بطلب المكفول له في ذلك الوقت فأن احضره فبها والا يجبر على احضاره] .

فأذا لم يتعين وقت للتسليم في الكفالة يجب على الكفيل تسليم المكفول به عند طلب المكفول له واذا كفل التسليم عند كل طلب يجب عليه تسليم ما كفله عند كل طلب ولو تكرر منه ذلك واذا تمنع عن التسليم و كان المكفول عنه موجوداً او محله معلوماً يجبر على احضاره و يمهل مدة لان يذهب ويحضر مكفوله واذا لم يحضره يحبس اما اذا كان المكفول عنه في دار الحرب او كان بديار طريقها مخوف وعجز الكفيل عن احضاره فلا يجبر على تسليم ذلك .

وقد اصطلح في زماننا علماء الحقوق والقوانين في كفالة الدعاوى الجزائية على تقييدها بمال اذا لم يقم الكفيل بالتسليم على ماجاء في قانون اصول المحاكمات الجزائية وكذلك الكفالات الاستئنافية والتمييزية والكفالة على دين المديون بدوائر الاجرآء فقد اصطلح فيهـا تعيين مبالغ معلومة على الكفيل اذا تعذر تسليم نفس المكفول وهذا رفق بالعباد اذ لا نيابة في العقوبات .

واذا كان المكفول خارجاً عن المدينة يجبر الكفيل على التحري عليه وأحضاره ولو كان في البلاد الأجنبية التي بيننا وبين حكوماتها عهد وان ابى الكفيل عن تحري المكفول واحضاره حبسه الحاكم لتعنته عن القيام بما التزمه بدون عذر . واذا تصادق الكفيل والمكفول له على جهالة محل اقامة المكفول عنه تتأخر مطالبة الكفيل الى ان تعلم محل اقامة المكفول عنه واذا اختلف المكفول له والكفيل بمعرفة محل اقامة المكفول عنه وعدم معرفتها تقبل بينة من أقام البينة منهما واذا اقاما البينة ترجح بينة المكفول له اذا كان المكفول عنه يذهب دائماً لمحل معلوم للتجارة والايحلف الكفيل (هندية) . وفيها اذا تمنع المكفول عنه من تسليم نفسه فللكفيل اخبار الحاكم عن محل وجوده وطلب جلبه منه واحضاره جبراً تخلصاً من الكفالة .

***

﴿ الفصل الثالث ﴾

(في بيان أحكام الكفالة بالمال)

مادة ٦٤٣ [الكفيل ضامن] وهذا عام يجمع أنواع الكفالات الا ان حكم الضمان يختلف باختلاف نوع الكفالة ففي الكفالة بالعين يكلف الكفيل بتسليم المكفول به عيناً او بدلاً وبالكفالة بالدين يكلف بأداء الدين وفي الكفالة بالنفس يكلف بتسليم واحضار المكفول عنه في الكفالة بالتسليم يكلف بالتسليم فقط و كذلك الحكم بكفيل الكفيل ·

وفي الهندية اذا كفل الكفيل كفالة مالية ثم ادعى ان المال الذي كفله هو رشوة او ميسر لا تسمع دعواه الا اذا اقرّ المكفول له بها اما اذا انكر المكفول له ذلك فلا تسمع بينة الكفيل وليس له طلب تحليف المكفول له على ذلك لأن الكفالة اقرار بصحة المكفول به ودعواه كون المكفول به رشوة او ميسراً مناقضة لأقراره المذكور وكذا لا تسمع دعوى الكفيل فساد البيع الذي كفل ثمنه للتناقض ايضاً ·

ويجب تسليم المكفول به في المحل الذي اشترط فيه التسليم اذا كان التسليم يحتاج الى حمل ومؤنة والا يجب على الكفيل تسليمه اينما طلبه المكفول له ·

مادة ٦٤٤ [الطالب مخير في المطالبة ان شاء طالب الأصيل وان شاء طالب الكفيل ومطالبة احدهما لا تسقط حق مطالبة الآخر و بعد مطالبة احدهما له ان يطالب الآخر و يطالبهما معاً] [1] ·

---

[1] وهذا مخالف لما ورد في القانون المدني الأفرنسي لأن الكفيل لا يطالب عندهم الا بعد مطالبة الأصيل وثبوت عجزه عن اداء الدين الا اذا كانت الكفالة واقعة بطريق الكفالة بالمال بالتضامن او فرغ الكفيل عن طلب تحري أموال المديون و بيعها · وقد جعل هذا القانون الدائن غير مجبور على تحري مال مدينه بدون طلب من الكفيل الى آخر ما جاء في المواد المتعلقة بهذا البحث وجميعها تخالف أحكام المجلة ومنطوقها لأن الكفالة اذا كانت ربط ذمة الى ذمة ولا فرق بين الذمتين فليس من العدل اجبار الدائن على تحري أموال مدينه بمدة ربما استغرقت زمناً طويلاً هرّب فيه الكفيل أمواله (راجع الفصل الاول من الباب الثاني من القانون المدني ـ

واذا استوفى جانباً من مطلوبه من احدهما يمكنه مطالبة الآخر بالباقي واذا استوفى جميع مطلوبه من احدهما تمتنع عليه مطالبة الآخر الا اذا كان المبلغ المكفول به معجلاً بحق احدهما ومؤجلاً بحق الآخر فللمكفول له مطالبة المعجل فقط واذا كانت الكفالة مقيدة بشرط براءة المكفول او انكر المديون الدين الذي اقرّ به الكفيل وحلف اليمين تجب المطالبة من الكفيل ولا يطالب الأصيل فأذا غاب المديون وادعى الدائن الدين والكفالة بالأمر على الكفيل واثبت دعواه الأمر والدين والكفالة يحكم على الكفيل والمديون بالمبلغ معاً واذا كانت الكفالة بدون امر فلا يحكم الا على الكفيل .

مادة ٦٤٥ [لو كفل احد المبالغ التي لزمت ذمة الكفيل بالمال حسب كفالته فللدائن ان يطالب من شاء منهما] . لأن الكفالة ربط ذمة بذمة وقد شرعت لأجل التوثيق فيجوز للمكفول له ان يطالب الكفيل و كفيله معاً ومطالبة احدهما لا تمنع مطالبة الآخر واذا قبض المال من المديون او من احد الكفيلين يحظر عليه مطالبة الآخر . الا اذا كان الكفيل الثاني كفيلاً لبعض الدين او كفيلاً كفالة بتسليم الكفيل الأول فللمكفول له مطالبة الكفيل الأول بجميع المال ومطالبة الكفيل الثاني بما كفله او بتسليم الكفيل الاول . واذا كانت الكفالة الأولى بدون امر الأصيل وكانت الكفالة الثانية بأمر الكفيل الأول

الأفرنسي مادة ٢٠٢١ وما بعدها) . ومما يستدعي الانتباه في هذا القانون هو مطالبة الكفيل المدين بالخسار بسبب الكفالة ولو لم يضمن الكفيل الدين وهذه قضية لم تعرف في المجلة فقد ورد في المادة ٢٠٣٢ من القانون المدني ان للكفيل مراجعة المديون ومطالبته بالتضمين والخسار فيما يأتي من الأحوال (١) اذا اقيمت الدعوى على الكفيل بسبب اداء الدين (٢) اذا أفلس المديون او عجز عن الدفع (٣) اذا كان المديون قد تعهد ببراءة الكفيل في مدة معلومة (٤) اذا انقضت الوعدة وصار الدين لازماً (٥) اذا مضى عشر سنوات ولم يقم المدين بتعهده . وهذه الأحوال لا يمكن ان تعتبر بنظر الشرع الأسلامي لأن الكفيل لا يملك الرجوع الا بعد الأداء لا قبله وهذا اقرب النظريات وعندي ان الكفيل له تضييق المديون واجباره على اداء الدين كما ورد في بعض الأقوال الفقهية .

ودفع الكفيل الثاني الدين الذي كفله يرجع بما دفعه على الكفيل الأول وليس للكفيل الأول الرجوع على الأصيل ·

مادة ٦٤٦ [عليهما دين من جهة واحدة ٍ وقد كفل كل عن صاحبه يطالب كل منهما بمجموع الدين] · يعني اذا كان الدين متحداً جنساً وصفة ومشتركاً وكفل المدينان بعضهما يطالب كل منهما بحصته اصالة و بحصة المديون الثاني كفالة واذا دفع احدهما شيئاً يكون ما دفعه من حصته اصالة لأن الأصالة مرجحة على الكفالة ولا يسمع قول الدافع بأنه دفع من جهة الكفالة · ولا يطالب المديون الآخر بشيء وكذا الحكم في شركة المضاربة فأذا دفع احد الشريكين بعد فسخها مبلغاً يكون ما دفعه عن حصته لا عن حصة شريكه واذا اختلفت حصة الدين مثلاً كان دين احدهما معجلاً والآخر مؤجلاً ودفع احدهما جانباً من المال وقال بأنه دفع من الدين المعجل او المؤجل يسمع قوله · واذا اختلف سبب الدين مثلاً كان دين احدهما قرضاً والثاني ثمن مبيع ودفع احدهما يسمع قوله اذا خصص دفع ثمن المبيع والقرض ·

مادة ٦٤٧ [لو كان لدين كفلاء متعددة فأن كان كل منهم قد كفل على حدة ٍ يطالب كل منهم بمجموع الدين] · لأن الكفالة شرعت للتوثيق وفي هذه الكفالة زيادة توثيق بتعدد الكفلاء على مجموع الدين فللدائن مطالبتهم كلهم او ايهم شاء ·

[وان كانوا قد كفلوا معاً يطالب كل منهم بمقدار حصته من الدين] · لأن كفالتهم معاً هي تعهد بأداء دين المديون سوية ً فيقسم الدين شائعاً على عدد رؤسهم واذا كفل الدين فرقة ثم كفله فرقة اخرى يطلب الدين من كل فرقة من الفرقتين على حدة ·

[ولكن لو كان كل منهم قد كفل المبلغ الذي لزم في ذمة الآخر فعلى هذا الحال يطالب كل منهم بمجموع الدين مثلاً لو كفل احد آخر بألف ثم كفل ذلك المبلغ غيره ايضاً فللدائن ان يطالب من شاء منهما واما لو كفلا معاً يطالب كل منهما بنصف المبلغ المذكور الا ان يكون قد كفل كل منهما المبلغ الذي لزم ذمة الآخر فعلى ذلك الحال يطالب كل منهما بالألف] ·

وليس للكفلاء ان يرجعوا على بعضهم بما دفعوه الا اذا كان بعضهم امر الآخرين بالكفالة فيرجع المأمور على الآمر ٠

مادة ٦٤٨ [لو اشترط في الكفالة براءة الأصيل تنقلب الى الحوالة]

وذلك لأن المعنى الذي وضعت له الكفالة هو مطالبة الأصيل والكفيل نظراً للعلاقة السببية باعتبار الغاية وهي وجوب ادانة كل منهما والتصريح بالبراءة قرينة هذا المجاز ٠

مادة ٦٤٩ [الحوالة بشرط عدم برآئة المحيل كفالة فلو قال احد لمديونه احل بمالي عليك من الدين على فلان بشرط ان تكون انت ضامناً ايضاً فأحاله المديون على هذا الوجه فللطالب ان يأخذ طلبه ممن شاء] ٠

لأن الحوالة هي نقل الدين من ذمة الى ذمة فأذا اشترط فيها بقاء ذمة المديون لا تكون حوالة ويكون شرط عدم برآئة المحيل مانعاً لاستعمال كلمة الحوالة بمعناها الحقيقي لأن كلمتي الكفالة والحوالة مشتركتان في العقد وهو توثيق الدين فيجوز استعمال احدهما مجازاً بمعنى الاخرى ولا يقال بأن احدهما مناقضة للأخرى لأن احدهما تتضمن نقل الذمة والثانية المطالبة فقط ولأن التوثيق موجود في كل منهما كما مر ذكره ٠

مادة ٦٥٠ [لو كفل احد بدين احدٍ على ان يؤديه من المال المودوع عنده يجوز ويجبر الكفيل على ادائه من ذلك المال ولو تلف المال] او غصب من يد الكفيل من المكفول عنه او من غيره ٠ [لا يلزم الكفيل شيء ولكن لو رد ذلك المال المودوع بعد الكفالة يكون ضامناً] قيمة الوديعة لا الدين ٠ وكذا الحكم في العدل اذا سلم المرهون الى الراهن او المرتهن فتلف يضمن قيمة المرهون لا مقدار الدين ٠

ولا فرق لصحة هذه الكفالة بين ان يكون المال المودوع نقوداً او غير نقود واذا كان من غير النقود فلا يكلف الكفيل ببيعه ودفع ثمنه للمكفول له ويبرأ الكفيل اذا تلف المال من صاحبه او من اجنبي ولا بد لتحقق هذه الكفالة من الأمر فاذا كفل بدون الأمر فله الامتناع عن الاداء لأن الكفيل لا يتصرف في مال الغير بدون امره ٠

ولا تنعقد الكفالة بشرط الاداء من مال المديون بناء بيع الكفيل مال المديون و يدفعه منه لأنه لا ولاية له بذلك وتنعقد باضافتها الى مال الكفيل وتكون مقيدة بقيمة المال المشروط الاداء منه واذا حرق او تلف هذا المال سقطت الكفالة . ولا تنعقد الكفالة بشرط الأداء من مال الاجنبي ولو كان موجوداً لعدم الولاية عليه ايضاً .

١) مادة ٦٥١ [لو كفل احد بنفس شخص على ان يحضره في الوقت الفلاني وان لم يحضره في الوقت المذكور فعليه اداء دينه فاذا لم يحضره في الوقت المعين المذكور يلزمه اداء ذلك الدين] .

و يتعين مقدار الدين بأقرار الكفيل او ببينة المكفول له . وتكون الكفالة المنعقدة على هذا الوجه كفالة نفسية و كفالة مالية فأذا لم يقم الكفيل بالكفالة النفسية يلزمه القيام بالكفالة المالية الا اذا تعذر عليه احضار مكفوله لسفرة لمكان مجهول وغيبوبته غيبةً منقطعة ولا يكلف باداء الكفالة المالية .

وتسقط الكفالة المالية اذا ابرأ المكفول له ذمة الكفيل من الكفالة النفسية .

ويجب ان يكون منشأ الكفالة المالية المعلقة على الكفالة النفسية على ما جاء في هذه المادة ديناً فلا تصح كفالة الكفيل اذا اشترط على نفسه دفع مبلغ معلوم اذا لم يسلم المديون لأنها تكون بدون مقابل وهذا حرام .

اما موت المطلوب وجنونه وان ابطل الكفالة بالنفس فأنما هو في حق تسليم المكفول الى الطالب لا في حق المال (رد المحتار) . وفي فتح القدير يجب لنفاذ الكفالة المالية وفاة المكفول بعد مضي المدة المعينة للتسليم فأذا توفي قبل مضي المدة لا تتحقق الكفالة المالية بسبب العذر الحاصل بالوفاة .

[واذا توفي الكفيل فأن سلمت الورثة المكفول به الى الوقت المعين او سلم المكفول به نفسه من جهة الكفالة لا يترتب على طرف الكفيل شيء من المال] .

لأن الكفالة بأداء الدين معلقة على عدم احضار الأصيل فأذا حضر الأصيل انعدم الشرط المعلق عليه وانعدمت الكفالة المالية .

[وان لم يسلم الورثة المكفول به او هو لم يسلم نفسه يلزم أداء المال من تركة الكفيل] . لأنه عند ثبوت الشرط يجب ثبوت ما علق عليه ·

[ولو مات المكفول له طالب وارثه · ولو احضر الكفيل المكفول به في ذلك الوقت واختفى المكفول له او تغيب راجع الكفيل الحاكم على ان ينصب وكيلاً عنه ويستلمه] · ومتى استلمه الوكيل سقطت الكفالة سيما اذا كانت موقتةً وتغيب المكفول له وخاف الكفيل ضياع المدة ومطالبته بالكفالة المالية بعدها [1] ·

وكذا القول باختلاف الوصف للمكفول له فأذا كان لزيد عند عمرو عشر ليرات فقال بكر انني كفلت تسليم مديونك عمرو لك غداً واذا لم اسلمك اياه غداً ادفع لك مالك عليه وهو عشر ليرات ولم يسلمه اياه فالقول بنوع الليرات التي هي من قبيل الوصف للمكفول له ·

مادة ٦٥٢ [اذا كان الدين معجلاً على الأصيل في الكفالة المطلقة ففي حق الكفيل ايضاً يثبت معجلاً وان كان موءجلاً على الأصيل ففي حق الكفيل ايضاً يثبت موءجلاً] · لأن الكفيل ربط ذمته بذمة المديون فيجب عليه القيام بأداء الدين حسبما هو واجب على المديون لأن الكفالة فرع عن اصل والفرع يتبع اصله في كل الأحوال الا اذا تقيدت كفالته بقيود تخالف اصل الشروط المنعقدة بين الدائن والمديون فتعتبر بحق ما عقدت عليه ·

مادة ٦٥٣ [يطالب الكفيل في الكفالة المقيدة بالوصف الذي قيدت به من التعجيل والتأجيل] · لأن من منافع الكفيل تقييد الكفالة بشروط توافق منفعته والشرط يراعى بقدر الأمكان · وفي الهندية يجوز تقييد الكفالة بقيد الوفاة فأذا قال كفلت دين فلان

---

[1] وقد الغت اصول المحاكمات الحقوقية بذيلها الأخير اصول تعيين الوكيل المسخر للدفاع بالدعاوي وصار من الواجب رؤية الدعوى على المدعى عليه غياباً اذا تبلغ ولم يحضر وصار بأمكان الحاكم القضاء على الغائب فتدبر ·

على ان لا ادفعه في حياتي فيكلف ورثته بالقيام بها بعد وفاته . الا اذا تقيدت الكفالة بعدم الأداء فأنها تكون باطلة كمن قال كفلت دين فلان على ان لا ادفع منه شيئاً .

فالكفالة المقيدة تكون كفالة بالدين حالاً او مؤجلاً او مقسطاً او بالدين المؤجل مؤجلاً او حالاً او مقسطاً او بالدين المقسط مقسطاً او مؤجلاً او حالاً وكل ذلك صحيح واذا كان الدين بحق الأصيل او الكفيل معجلاً وبحق الآخر مؤجلاً او مقسطاً يحق للدائن ان يطلبه حالاً من احدهما ومؤجلاً او مقسطاً من الآخر .

واذا اختلف الكفيل والمكفول له في الوصف والقيد فقال المكفول له كفلت حالاً وقال الكفيل كفلت مؤجلاً فالقول قول الكفيل لأنه منكر المطالبة حالاً . اما اذا اقرّ المديون للدائن بدين مؤجل وقال الدائن انه معجل فالقول قول المقر له لأن الدائن منكر لتأخير المطالبة .

مادة ٦٥٤ [كما تصح الكفالة مؤجلة بالمدة المعلومة التي اجل بها الدين كذلك تصح مؤجلة بمدة أزيد من تلك المدة ايضاً] .

ولا مانع من تقييد الكفالة بمدة اكثر من مدة اجل الدين لأن المطالبة من حق الدائن فله تحديدها بالصورة التي يراها مناسبة بحقهما واذا توفي احدهما سقط الأجل بحقه فقط وطالب الدائن ورثته حالاً وينتظر حلول الأجل بحق الطرف الآخر ويجب على الورثة ان لا يطالبوا المديون الا بحلول الأجل اذا كانت الكفالة بالأمر . واذا كفل الدين مؤجلاً وباع الدائن مالاً وسلمه واجرى التقاص على ما كفله ثم ضبط المبيع من المشتري بالاستحقاق او رد بخيار العيب وحكم الحاكم عاد الأجل لأن البيع قد فسخ وصار كأن لم يكن اما لو اقيل البيع او رد بخيار العيب بدون حكم الحاكم — لأنه اقالة — فلا يعود الأجل بحق الكفيل لأن الأقالة فسخ والرد بخيار العيب بدون حكم عقد جديد بحق الشخص الثالث وكذا اذا كفل الكفيل مؤجلاً وأضاف الأجل الى نفسه يكون الأجل بحق الكفيل فقط واذا قال كفلت مؤجلاً ولم يضف التأجيل لنفسه يقع التأجيل بحق الكفيل والأصيل اذا قبله المكفول له واذا ادعى الدائن الكفالة حالاً وانكرها الكفيل او ادعى الكفالة مؤجلة وشهد شاهد بأنه حالة وشهد الآخر بأنها مؤجلة ثبتت الكفالة في الوجهين مؤجلة .

مادة ٦٥٥ [لو اجل الدائن دينه في حق الأصيل يكون موجلاً بحق الكفيل وكفيل الكفيل ايضاً] . لأن التأجيل ابرآء موقت والأبرآء الموقت بحكم الأبرآء المؤبد فكما ان الأبرآء المؤبد بحق الأصيل يقع بحق الكفيل كذلك الأبرآء الموقت بحق الأصيل يقع بحق الكفيل لأن الكفيل فرع عن الأصيل .

[والتأجيل في حق الكفيل الأول تأجيل في حق الكفيل الثاني ايضاً] . لأن الكفيل الأول اصل بالنسبة الى الكفيل الثاني الا اذا كفل الكفيل الثاني الكفالة مستقلاً فلا يسري التأجيل الى الكفيل الأول على الكفيل الثاني .

[واما تأجيله في حق الكفيل فليس بتأجيل في حق الأصيل] اذا صرح حين التأجيل بأنه بحق الكفيل دون الأصيل لأن الأصل لا يتبع الفرع الا اذا كان الدين معجلاً بحق الأصيل وكفله الكفيل مؤجلاً يسري التأجيل على الأصيل الا اذا كان الدين قرضاً لأن الذي اجل للكفيل هو مطالبة الدين ولا حق يقبل التأجيل في هذه الكفالة سوى الدين الا اذا قيد الدائن التأجيل بحق الكفيل فقط او أضاف الكفيل الأجل الى نفسه او كان الدين قرضاً لا يصح التأجيل الا بحق الكفيل لأن القرض لا يؤجل شرعاً فلا يسري التأجيل الواقع بحق الكفيل الى الأصيل . وأذا اجل الدائن دينه بحق الأصيل والكفيل شهراً واحداً ثم اجله سنة واحدة فيكون الأجل سنة فقط لا سنة وشهراً لان الشهر داخل في السنة .

مادة ٦٥٦ [المديون موجلاً اذا أراد الذهاب الى ديار اخرى وراجع الدائن الحاكم وطلب كفيلاً يكون مجبوراً على اعطاء الكفيل] . واذا تمنع المديون من اعطاء الكفيل يمنع من السفر . وان يكن المنع عن السفر ضرراً ألا أن سفر المديون اشد ضرراً بحق الدائن لأنه يجبر على ان يتبعه الى محل ذهابه لقبض ماله في ذمته وهذا ضرر اشد من ضرر اعطاء الكفيل او المنع من السفر ولا يكلف المديون بأعطاء اكثر من كفيل واحد لأن الضرورات تقدر بقدرها وكذا الكفيل بالأمر اذا كفل الدين المؤجل كفالة معجلة فله منع المديون من السفر ما لم يدفع ما عليه من الدين له او الى الدائن او يبرئه الدائن من الكفالة . وكذلك الحكم بالكفالة بالنفس . وقد اخذت هذه المادة من قول المتأخرين من محققي الحنفية

استناداً على الحاجة الماسة لذلك لفساد الأخلاق والتراخي بأيفاء الديون وهو مخالف للقياس ولقاعدة وجوب اداآء الدين قبل حلول الأجل ولا فرق بين ان يكون الدين ناشئاً عن عقد معاوضة او عن فعل كالأتلاف والغصب او عن معاونة كالنفقات • وعن ابي حنيفة لا يؤخر المسافر عن سفره ولا يطالب بأعطاآء الكفيل بسبب الدين الا اذا كان الدين نفقةً للزوجة فقط •

ومن تعمق في المحيط وتأثيره وأخلاق سكانه رأى اصابة المجلة بأخذها بالقول المرجوح دون القول الراجح •

مادة ٦٥٧ [لو قال احد لآخر اكفلني عن ديني لفلان فبعد ان كفل وأدى عوضاً بدل الدين بحسب كفالته لو أراد الرجوع على الأصيل يرجع بالشيء الذي كفله ولا اعتبار للمؤدى] • لأن الكفيل بالأمر عند الأداء يقوم مقام الدائن و يستحق من ذمة المديون ما كان يستحقه الدائن لا مادفعه له أما اذا كانت الكفالة بدون امر من المديون لا يستحق فيها الكفيل الرجوع على المديون بشيء كما يفهم من عبارة هذه المادة القائلة ـ اكفلني ـ ولا يكفي الامر بأداء الدين وحده للرجوع على المديون عند الأمامين الا اذا كان الأمر مقروناً بما يدل على الرجوع على المديون بعد الدفع والأداء اما لو كان المأمور شريك الآمر او بعياله فيكفي الأمر للرجوع للعادة بذلك « راجع المادة ١٥٠٩ » وقد قال الأمام ابو يوسف بلزوم رجوع الكفيل على المكفول بمجرد الأمر واعتبرت المجلة هذا الرأي واخذت به كما يفهم من هذه المادة ومما يأتي في شرح المادة ١٥٠٦ من المجلة •

ثم ان الأمر اما ان يكون حقيقياً كقول المديون اكفلني واما ان يكون حكمياً ككفالة الأب مهر زوجة ولده الصغير وأدائه و كفالة الوصي دين المتوفى وأثبات الكفالة بالأمر من قبل الدائن عند انكار الكفيل •

وليس للكفيل ان يطالب الأصيل قبل الأداء أما اذا اعطى المديون الكفيل مبلغاً ليدفعه من دينه لدائنه فليس له استرداده منه • الا أذا ابرأه الدائن او اجل له الدين لأن ما دفع لغرض صحيح لا يسترد ما دام الغرض موجوداً اما اذا أعطاه اياه امانة فله استرداده منه واذا كانت الكفالة بدون الأمر فله منعه من أداء الدين الى الدائن • [واما لو صالح الدائن

على مقدار من الدين يرجع ببدل الصلح وليس له الرجوع بمجموع الدين] . لأن المصالحة على هذا الوجه اسقاط بعض الدين وهذا يشمل المديون اما لو تصالحا على مال من غير جنس الدين فيعود الكفيل ببدل الدين لا بقيمة بدل الصلح .

[مثلاً لو كفل بدراهم جياد فأداها زيوفاً رجع على الأصيل بدراهم جياد وبالعكس لو كفل بزيوف وادى جياداً رجع على الأصيل بزيوف لا بجياد. كذا لو كفل بكذا دراهم فصالح على عروض رجع على الأصيل بالدراهم التي كفلها واما لو كفل بألف قرش وادى خمسمائة صلحاً رجع على الأصيل بخمسمائة] .

واذا ادى المديون دينه ثم اداه الكفيل مرة ثانية يرجع الكفيل على الدائن لا على المديون لأن ذمة المديون برآت بأداء الدين من الدين والكفالة وبرئت ذمة الكفيل وقد قبض الدائن المبلغ في المرة الثانية بدون حق فعليه اعادته .

وفي الأنقروى اذا دفع الكفيل بالأمر ما على المديون الى الدائن واستلم من الدائن اموال المديون المرهونة فليس له امساكها في مقابل ما دفعه عن ذمته من الدين .

ويجب صدور الأمر بالكفالة ممن يجب عليه أداء الدين اصالة او ولايةً او وصايةً ولذا فأن امر الصبي المميز المحجور والصبي الغير المميز والمجنون لا يوجب الرجوع عليهم بما دفع عن ذمتهم من الديون .

فيما يرجع به الكفيل على الأصيل وفيما لا يرجع به

اذا ابرأ الدائن الكفيل ابرآء اسقاط لا يرجع الكفيل على المديون بشيء واذا ابرأه ابرآء استيفاء يرجع على المديون بالدين واذا ادى الكفيل بالأمر دين المديون بحضوره وانكر الدائن القبض وحلف اليمين ورجع فقبض الدين من الكفيل مرة ثانية فليس للكفيل الا الرجوع على المديون بما دفعه مرة واحدة اما لو ادى الأصيل دينه بحضور الكفيل وانكر الدائن القبض وحلف اليمين وقبض الدين مرة ثانية من الكفيل يرجع الكفيل بما دفعه على المديون (هندية) .

واذا ادى الكفيل الدين بغياب المديون وانكر الدائن القبض وحلف اليمين وقبض الدين مرة

ثانية من الأصيل فليس للكفيل اخذ شيء من الأصيل الا اذا اثبت الكفيل الدفع بالبرهان فيعود بما دفعه على الأصيل المديون ٠

وفي الهندية اذا تصادق الدائن والمديون على برائة ذمة المديون في الأصل وكان الكفيل دفع الدين فله استرداده ٠ وكذا اذا اشترى رجل مبيعاً وكفله آخر على ثمنه بأمره و بعد ان دفع الثمن رد المشتري المبيع بخيار العيب فليس له طلب استرداد الثمن الا اذا كان دفعه الكفيل ٠

واذا كانت الكفالة بالأمر ودفع الكفيل ما كفله ثم لما طالب المكفول بالدفع تمنع بداعي ان الكفالة غير صحيحة لوقوعها على ميسر او على خمر فلا يسمع دفعه وليس له اقامة البينة على ذلك الا اذا اقر الكفيل بما ادعاه الأصيل فأنه يؤآخذ باقراره ٠

واذا تلف الرهن الذي اعطاه المديون الى كفيله في يد الكفيل يسقط من دينه ما يعادل قيمة الرهن (هندية)٠

واذا دفع الكفيل الدين وكان للمديون رهن في يد الدائن فتلف بعد استيفاء الدين يرجع الكفيل على مكفوله بما دفعه ويرجع المديون على دائنه بما قبضه من الكفيل (هندية)٠

وفي الكفالة بالأمر اذا اعطى المديون رهناً الى دائنه ثم اعطى رهناً الى كفيله ثم تلف الرهن الثاني وكانت قيمته تعادل مجموع الدين يسقط نصف الدين (هنديه) ٠ (١)

مادة ٦٥٨ [لو غر احد آخر في ضمن عقد المعاوضة] كالبيع والايجار والقسمة [يضمن ضرره] لان عقود المعاوضة يجب ان تكون خالية من العيوب فيجب ضمان الضرر فيها ٠ ويسمى هذا الضمان (ضمان الغرور)

عبارة عقد المعاوضة : الواردة في هذه المادة ليست باحترازية لأن الشفعة مع انها عقد معاوضة لا يعتبر فيها ضمان الغرور وكذلك عقود التبرع التي يعود نفعها الى الدافع كالوديعة والمضاربة والشركة يعتبر فيها ضمان الغرور خلافاً لعقود التبرع التي نفعها يعود على القابض مطلقاً كالهبة والصدقة فلا يجري فيها ضمان الغرور ٠

---

(١) اما ما يتعلق بتلف الرهن فقد اصبح ملغى ومنسوخاً على ما جاء في قانوني الرهون المبحوث عنهما في آخر كتاب البيوع ٠

ولا بد من وجود التغرير في هذه العقود فلو غر المشتري لنفسه بدون تغرير من البائع فليس له المطالبة بضمان الغرور ٠

[مثلاً لو اشترى احد عرصةً وبنى عليها بناءً ثم استحقت اخذ المشتري من البائع ثمن الارض مع قيمة البناء حين التسليم]٠

واذا تلف المبيع بيد المشتري قبل التسليم الى المستحق فلا يرجع على بائعه بشيءٍ واذا تلف بعضه يرجع على البائع بالباقي المستحق اذا عمر المشتري البناء بأنقاض أتى بها من الخارج اما اذا عمر المشتري المبيع بأنقاض وجدها في المبيع فلا يرجع على البائع بشيءٍ من ثمنها او من مصاريف التعمير والبناء٠ وقد اوجبت هذه المادة استحقاق العرصة دون البناء لأن البائع لا يضمن شيئاً من قيمة البناء اذا استحق والقيمة المعتبرة في ذلك هي قيمة البناء حين التسليم لا وقت البناء وكذلك الحكم في الاشجار التي يغرسها المشتري في العرصة التي استحقت فأنه يعود بقيمتها على بائعه بضمان الغرور وللمستحق طلب قلعها او ابقائها ودفع اقل القيمتين اذا كان قلعها مضراً بالارض ٠

[كذلك لو قال احد لأهل السوق هذا الصغير ولدي بيعوه بضاعة فأني أذنته للتجارة ثم بعد ذلك لو ظهر ان الصبي ولد غيره فلأهل السوق ان يطالبوه بثمن البضاعة التي باعوها للصبي]

ويجري حكم هذه المادة بجميع عقود المعاوضة فأذا تلف المأجور في يد المستاجر ثم ادعى بالأستحقاق وضمن المستأجر القيمة فله الرجوع على موءجره ٠

ويجري ضمان الغرور في قسمة الجمع الرضائية اذا كانت بحق اموال لا يجوز قسمتها قضاءً وجبراً كالاراضي المختلفة فأذا اخذ كل من الشريكين قطعة وبنى فيها واستحقت يرجع على شريكه ٠

ولا يجري ضمان الغرور فيما يجبر الشريك على قسمته قسمة تفريق كالقطعة الواحدة ٠

وفي رد المحتار اذا قال رجل لآخر اذهب من هذه الطريق فأنها أمينة فأذا سلبت اضمن

لك ما يؤخذ منك فذهب وسلبت امواله يضمن اما اذا لم يقل له اضمن لك ما يؤخذ منك فلا يضمن .

وقد تبين مما ذكر ان ضمان الغرور لا يكون الا بعقد المعاوضة والتعهد وفيما عداه لا .

ووجه الضمان فيما لو غره ضمن عقد ان المغرور لا يمكنه توقي ما لحقه من الضرر بسبب التروي لأن المشتري من حقوقه ان يبني ويغرس فيما اشتراه والبائع قد عرض السلعة للبيع وعرضه اياها دليل على ملكه ومن الحرج الشديد ان يكلف مريد الشراء البحث عن السبب الذي اوصل تلك السلعة ليد من يعرضها للبيع وعليه فالبائع هو المسبب للبناء والغرس وبدخول المشتري بعقد البيع والمشتري ان كان مباشراً الا أنه مأذون بمباشرته فيعود الضمان على البائع .

***

« الباب الثالث »

(في البراءة من الكفالة ويحتوي على ثلاثة فصول)

الفصل الاول

(في بيان الضوابط العمومية)

مادة ٦٥٩ [لو سلم المكفول به من طرف الأصيل او الكفيل الى المكفول له يبرأ الكفيل من الكفالة .[1]

(١) وقد لخص القانون المدني الافرنسي سقوط الكفالة ببعض مواد فقال التعهد الناشئ من الكفالة يسقط بما تسقط به سائر التعهدات وقال اذا اجتمعت صفة الأصيل والكفيل في شخص واحد أي ورث احدهما الآخر تسقط وقال اذا قبل الدائن مالاً من مديونه بمقابل مطلوبه تسقط الكفالة . وكذا اذا ضبط المال بالاستحقاق (راجع المواد ٢٠٢٤ و٢٠٢٥ و٢٠٣٨) .

سواء كانت الكفالة بالعين او بالدين او بالتسليم لأن الحق الواحد لا يستوفي من شخصين مختلفين (انظر الى المادة ١٦٥١ من المجلة) اما في الكفالة النفسية بالأمر فلا يبرأ الكفيل من الكفالة الا اذا سلم المكفول نفسه بحكم الكفالة واذا تعددت الكفلاء وسلم المكفول عن نفسه بحسب كفالة احدهم لا تبرأ ذمه الباقين ولا تبرأ ذمة الكفيل فيما اذا اجتمع الدائن والمديون و بقيا معاً من الصباح الى المساء لعدم وقوع التسليم من الكفيل حسب الكفالة . واذا كانت الكفالة النفسية بدون امر من الأصيل وسلم الأصيل نفسه لا تبرأ ذمة الكفيل وليس للكفيل اجبار الأصيل على تسليم نفسه . وتبرأ ذمة الكفيل والأصيل بدفع ما كفله الكفيل الى المكفول له من الأصيل او الكفيل وتبرأ ايضاً بأبراء ذمة الأصيل وببيع الأصيل مالاً الى المكفول له ولا تعود مطالبة الكفيل ولو استحق هذا المال او رد بخيار العيب بحكم الحاكم الى الأصيل واذا وقعت الكفالة من كفيلين وأ . ي المديون نصف دينه يطالب الكفيلان بالنصف الثاني معاً ألا أن يقول المديون انه ادى المبلغ المدفوع محسوباً على كفالة احدهما فتبرأ ذمة الكفيل الذي دفع الأصيل محسوباً على كفالته فقط ويطالب الآخر .

واذا اقر الكفيل بالكفالة بالدين وادعى الأصيل اداء دينه قبل تاريخ اقرار الكفيل

ـ وقد ورد في المادة ٤٩٢ من القانون المدني التركي ما نصه (يبرأ الكفيل اذا سقط الدين بأي سبب كان) وهي عبارة جامعة وقد ورد فيه ايضاً ان الكفالة اذا كانت مقيدة بوقت معلوم و بعد مضي شهر على انقضاء هذه المدة لم يطلب الدائن دينه محاكمةً يبرأ الكفيل من الكفالة . واذا كانت الكفالة غير مقيدة بمدة فيعتبر الكفيل بريئاً ايضاً أذا مضي شهر بعد حلول اجل الدين بدون اقامة الدعوى راجع المواد ٤٩٣ و٤٩٤ وفي القانون الافرنسي تحديد' فيما يتعلق بالكفالات القانونية والقضائية فقد ورد في المادة ٢٠٤٠ ان الانسان اذا وجب عليه تقديم الكفيل بصورة قانونية او بسبب الحكم يجب عليه تقديم كفيل قادر على القيام بالكفالة واهل لاجراء العقد واذا كان الدين منبعثاً عن امور التجارة يجب تقدير مقدرة الكفيل بالنسبة الى عقاراته وجاء في المادة ٢٠٤١ ان المديون اذا عجز عن اعطاء الكفيل يمكنه اعطاء رهن بمقابل الدين .

وبرهن على دعواه تبرأ ذمة الأصيل دون الكفيل واذا برهن على دفع الدين بعد اقرار الكفيل تبرأ ذمة الأصيل والكفيل ٠

وفي الكفالة بالتسليم تبرأ ذمة الأصيل والكفيل معًا بالتسليم من الأصيل او من الكفيل او بأداء الأصيل او بوفاة الطالب وانحصار ارثه بالأصيل فقط ٠

مادة ٦٦٠ [لو قال المكفول له ابرأت الكفيل او ليس لي عند الكفيل شيء يبرأ الكفيل]٠

سواء كان الابراء عامًا او خاصًا ولا يرد هذا الابراء بالرد لأن ما يتعلق بذمة الكفيل فى الكفالة هو المطالبة والمطالبة تسقط بالابراء لأن الابراء فيها ابراء اسقاط لا ابراء استيفاء وابراء الاسقاط اذا سقط لا يعود ولا يعود الكفيل على الأصيل بشيء اذا أبرأ ابراء اسقاط ولو كانت الكفالة بالأمر ويعود الكفيل على الأصيل بما أبرأمنه في برائة الاستيفاء اما هبة الدين من الدائن الى الكفيل فتتوقف على قبوله فأذا قبل وكانت الكفالة بأمر المديون يرجع عليه بما وهبه الدائن له والا فلا ٠

مادة ٦٦١ [لا تلزم برائة الأصيل ببرائة الكفيل]

اذا كان الابراء ابراء اسقاط لأن الأصل لا يسقط بسقوط الفرع اما اذا ابرأت ذمة الكفيل ابراء استيفاء او دفع الكفيل دين الأصيل او احال الدائن على آخر وقبل الدائن الحوالة وقبض الدين فيبرأ الأصيل بالنسبة الى الدائن ويطالب من الكفيل اومن المحال عليه اذا كانت الكفالة بالأمر ٠

مادة ٦٦٢ [برائة الأصيل توجب برائة الكفيل]

لأن الفرع يتبع الأصل ولا يبرأ الكفيل اذا برأ الأصيل بحلف اليمين ولا يبرأ الكفيل ببرائة الأصيل اذا كانت الكفالة بشرط برائة الأصيل لأنها تكون حوالةً وكذا اذا كفل كفالة نفسية مضافة وكفالة مالية معلقة وتوفي الأصيل او جن تسقط الكفالة النفسية وتبقى الكفالة المالية ٠

وكذا اذا ابرأ الدائن الأصيل بعد وفاته او وهبه الدين ورد الورثة هذا الابراء او

الهبة لا يبرأ الكفيل عند ابي يوسف ويبرأ عند محمد لأن الورثة ليس لهم رد الابراء والهبة ٠

وفي الهندية اعطى المديون لدائنه كفيلاً ثم قال له ها انني امنتك على دينك بالكفيل ابرأني واخرجني من بينكما فأبراه يبرأ الكفيل ٠ يستثنى من هذه المادة برائة الأصيل بحلف اليمين واثبات الأصيل اداء الدين قبل الكفالة بشرط برائة الأصيل فأنها جميعها تستلزم برائة الاصيل دون برائة الكفيل ٠

***

﴿ الفصل الثاني ﴾

(في البرائة من الكفالة بالنفس)

مادة ٦٦٣ [لو سلم الكفيل المكفول به في محل يمكن فيه المخاصمة كالمصر او القصبة الي المكفول له يبرأ الكفيل من الكفالة سواء قبل المكفول له او لم يقبل] ٠

واما لو سلمه في الصحراء والقفر وفي المحلات التي لا يوجد فيها حاكم فلا يبرأ الكفيل من الكفالة [ولكن لو شرط تسليمه في بلدة معينة لا يبرأ بتسليمه في بلدة اخرى] عند صاحبي ابي حنيفة لوجوب مراعاة الشرط بقدر الامكان خلافاً لابي حنيفة فأنه اعتبر الشرط لغواً واذا لم يشترط التسليم في بلدة معلومة فللكفيل تسليم المكفول به في البلدة التي وقعت فيها الكفالة او في غيرها من المدن والبلدان بالاتفاق ٠

[ولو كفل على ان يسلمه في مجلس الحاكم وسلمه في الزقاق لا يبرأ من الكفالة ولكن لو سلمه بحضور ضابط يبرأ] ٠

لأن ضابطة العدلية هي وسائط اجراء المحاكم واذا كانت الكفالة متعلقة بقضية احراش او اراضي يكفي تسليم المكفول به بحضور حرس القرية او حرس الحرش ٠ ولا يصح تسليم المكفول بحضور ضابط الجنود (راجع المادة ٩ و١٠ و١١ من اصول المحاكمات

الجزائية) واذا اشترط التسليم بحضور حاكم او وال وانفصل الحاكم او الوالي فللكفيل تسليم المكفول بهِ بحضور الحاكم او الوالي الجديد واذا تعدد الكفلاء فأذا كانت كفالتهم بعقد واحد وسلم احدهم المكفول به برئوا جميعاً واذا كانت كفالة كل منهم مستقلة عن الأخرى وسلم احد الكفلاء المكفول به فلا يبرأ الباقون من الكفالة ٠

واذا سلم المكفول به نفسه لا يبرأ الكفيل ما لم يقل المكفول به انه سلم نفسه حسب كفالة الكفيل واذا تعددت الكفلاء فلا يبرأون الا اذا قال المكفول به انه سلم نفسه حسب كفالتهم واذا قال انه سلم نفسه حسب كفالة احدهم لا يبرأ الا من وقع التسليم من اجل كفالته ٠

لاحقة : اذا وكل الدائن وكيلاً لأخذ كفيل من مديونه واخذ الوكيل كفيلاً فأذا أضاف العقد لنفسه فله وحده حق مطالبة الكفيل بكفالته واذا أضاف العقد الى موكله فلموكله مطالبة الكفيل بكفالته واذا دفع الكفيل ما كفله الى الدائن يبرأ من الكفالة في كل حال واذا دفع الدين الى الوكيل وكان الوكيل عقد الكفالة بالأضافة الى موكله لا يبرأ الكفيل من الكفالة ٠

مادة ٦٦٤ [يبرأ الكفيل بمجرد تسليم المكفول به بطلب الطالب واما لو سلمه بدون طلب الطالب فلا يبرأ ما لم يقل سلمته بحكم الكفالة] لأن الطلب يخرج كون التسليم وقع بقصد الأعانة والمساعدة وكذا اذا سلم المكفول به من وكيل الكفيل او رسوله فلا يبرأ الكفيل الا اذا قال الوكيل او الرسول انني اسلم المكفول بالأضافة الى موكلي او مرسلي حسب كفالته ٠

مادة ٦٦٥ [لو كفل على ان يسلمه في اليوم الفلاني وسلمه قبل ذلك اليوم يبرأ من الكفالة وان لم يقبل المكفول له] لأن التأجيل من فائدة الكفيل لا من فائدة المكفول له فبتسليمه المكفول به قبل حلول الأجل يكون قد اسقط حقه ولذا يجبر المكفول له على القبول ٠ ولا بد من ان يقول الكفيل حين التسليم انه سلم بحكم الكفالة على ما يفهم من المادة السابقة ومن أقوال الفقهاء وقد اغفلت المجلة هذا القيد وهو معروف من كتب الفقه ٠

مادة ٦٦٦ [لو مات المكفول به كما يبرأ الكفيل من الكفالة كذلك يبرأ كفيل الكفيل] . لأن وفاة المكفول به تجعل تسليمه غير ممكن .

[كذلك لو توفي الكفيل كما برأ هو من الكفالة كذلك يبرأ كفيله ايضاً] لأن الكفيل الأول اذا توفي يمتنع عليه تسليم المكفول به بعد وفاته ولا ينتقل هذا الى الورثة لأنه مطالبته بالتسليم فقط لا كفالة بأداء الدين . و يبرأ ايضاً كفيل الكفيل بوفاة الكفيل لأن الكفيل الأول اصل بالنسبة الى الكفيل الثاني .

[ولكن لا يبرأ الكفيل من الكفالة بوفاة المكفول له و يطالب وارثه] لأن الورثة يقومون مقام المورث بماله ولا تبرأ ذمة الكفيل اذا سلم المكفول به الى بعض الورثة او الى وصي البعض منهم لأن الوارث ليس له الا قبض حصته .

***

الفصل الثالث

(في البراءة من الكفالة بالمال)

مادة ٦٦٧ [لو توفي الدائن وكانت الوراثة منحصرة في المديون يبرأ الكفيل من الكفالة وان كان للدائن وارث آخر يبرأ الكفيل من حصة المديون فقط ولا يبرأ من حصة الوارث الآخر] .

واذا توفي المديون وورثه الكفيل برأ الكفيل والأصيل اذا كانت الكفالة بلا امر و برأ الكفيل فقط وله الرجوع على الأصيل اذا كانت الكفالة بأمر منه .

وكذا اذا وهب الدائن الدين الى الكفيل بالأمر يبرأ من الكفالة و يرجع على المديون بما كفله به . وفي الهندية اذا وهب البائع ثمن المبيع الى الكفيل الذي كفل الثمن و بعد ان قبضه الكفيل رد المشتري المبيع الى البائع وليس للبائع او للمشتري حق مطالبة الكفيل بشيء .

مادة ٦٦٨ [لو صالح الكفيل او الأصيل الدائن على مقدار من الدين يبرآن ان اشترطت براءتهما او براءة الأصيل فقط او لم يشترط شيء] . وذلك مماعدا بدل الصلح فأنه يبقى للدائن بذمة مديونه وكذلك المصالحة على مقدار من الدين فأنها تجعل ذمة الأصيل بريئة من الباقي وبراءته توجب براءة الكفيل [وان اشترطت براءة الكفيل فقط يبرأ الكفيل فقط] لأن الصلح على هذا الوجه فسخ للكفالة وفسخ الكفالة لا يشمل الأصيل . [ويكون الطالب مخيراً ان شآء اخذ مجموع دينه من الأصيل وان شآء اخذ بدل الصلح من الكفيل والباقي من الأصيل] .

ويرجع الكفيل على الأصيل ببدل الصلح اذا كفل بأمره واذا تصالح الكفيل والمكفول له على شيء من المال بناء تبرأ ذمته من الكفالة دون ذمة الأصيل فالصلح صحيح ويبرأ الكفيل من الكفالة مما عدا بدل الصلح .

مادة ٦٦٩ [لو أحال الكفيل المكفول له على احد وقبل المكفول له والمحال عليه يبرأ الكفيل والمكفول عنه ايضاً] .

لأن الدين ثابت في ذمة الأصيل والحوالة هي نقل الدين من ذمة الى ذمة فتتضمن براءة الأصيل والكفيل واذا أحال الكفيل الدائن بشرط براءة ذمته فقط يبرأ دون الأصيل واذا توفي المحال مفلساً يعود الدين على الأصيل والكفيل وكذا اذا أحال الدائن دائنه على المديون حوالة مقيدة بأداء الدين من مال معين يبرأ الكفيل براءة موقتة والمحال عليه لا يطالب الا المدين الأول وتعود الكفالة اذا ثبت عدم اقتدار الأصيل على أداءها .

وفي الهندية استقرض اثنان مبلغاً وكفلا بعضهما ثم ان احدهما أحال الدائن على آخر بالمبلغ لا تبرأ ذمة المديون الآخر من حصته من الدين اصالةً ويبقى للدائن حق مطالبته وتسقط المطالبة عن المديون المحيل اصالةً وكفالةً .

مادة ٦٧٠ [لو مات الكفيل بالمال يطالب بالمال المكفول به من تركته[1]]

[1] وقد ورد في المادة ٢٠١٧ من القانون الأفرنسي بأن الكفالة تنتقل للوارث الا الحبس ـ

ولا تبطل الكفالة بموت الكفيل بالمال كالكفالة النفسية اذا كانت التركة صالحة لأداء المال ويدفع الورثة من التركة مقدار الدين واذا لم تف التركة لا يجبر الورثة على الدفع من مالهم ٠

واذا كفل الكفيل الدين المؤجل ومات وجب على الورثة اداء الدين حالاً وليس لهم مطالبة المديون قبل حلول الأجل ٠

وفي الهندية اذا مات الكفيل وتركته مستغرقة بالدين فللدائن الخيار اما ان يراجع تركة الكفيل ويأخذ منها ما يصيب حصته من قسمة الغرماء ويعود بالباقي على المديون واما ان يطالب المديون بجميع الدين ٠

مادة ٦٧١ [الكفيل بثمن المبيع اذا انفسخ البيع او استحق المبيع او رد بعيب يبرأ من الكفالة] ٠

لأن فسخ البيع لعيب او لاستحقاق يبطل حق المكفول له بالثمن فيبرأ منه الأصيل والكفيل واذا أحال البائع دائنه على ان يأخذ دينه من ثمن المبيع الثابت في ذمة المشتري حوالة مقيدة وكفل آخر هذا الثمن الى المحال له ثم ضبط المبيع بالاستحقاق برأ الكفيل من الكفالة واذا رد المبيع بخيار العيب او بخيار آخر او تلف في يد البائع قبل التسليم لا يبرأ الكفيل ٠

- فأن الوارث لا يحبس من اجل كفالة مورثه ولو كان المورث مشترطاً على نفسه الحبس من اجل كفالته ٠

وقد عرف من كتاب الكفالة انها تنعقد خطاً وشفاهاً سوآء كان الكفيل قادراً على ايفائها ام لم يكن اما القانون الأفرنسي فقد اشترط تقدير مقدرة الكفيل بالنسبة الى العقارات الجارية بتصرفه فيما اذا كان الدين منبعثاً عن الأمور التجارية « راجع المادة ٢٠١٩ » ٠

وقد أوجب هذا القانون لزوم تقديم كفيل ثان اذا عجز الكفيل الأول عن اداء الدين اذا كان المديون قد اعطى الكفيل الأول بقرار المحكمة او برضاء الدائن ولا يوجد مثل هذا الحكم في مجلتنا لأن المديون لا يكلف عندنا لأعطاء الكفيل ما دام دينه لم يستحق واذا استحق دينه وجب عليه اداؤه لا تقديم كفيل من اجله وقد مر في كتاب البيوع ان المشتري اذا اشترى مالاً بالنسيئة مشترطاً تقديم كفالة او اعطاء رهن ثم تمنع لا يجبر لأعطاء الكفالة والرهن بل يجب على البائع اقامة الدعوى عليه وفسخ البيع وهذا اقرب الى الحقيقة على ما يظهر ٠

واذا باع الأصيل دائنه مالاً بمقابل الدين واستحق المبيع عادت الكفالة ولا تعود اذا اقيل البيع ٠

[وكذا لو استوءجر مال الى تمام مدة معلومةٍ و كفل احد بدل الأجارة التي سميت تنتهي كفالته عند انقضاء مدة الأجارة فأن انعقدت أجارة جديدة بعد ذلك على ذلك المال لا تكون تلك الكفالة شاملة لهذا العقد] ٠

اي ان الكفالة لا تشمل الا العقد الذي وقعت عليه اذا لم تتضمن التكرار نحو ما آجرت فلاناً من الأراضي والعقار فأنا كفيل ما يثبت في ذمته من بدل الأجارة وفي هذه الصورة يكون كفيلاً مسؤولاً بكل ما يلزم الأصيل من بدل الأيجار ٠

وكذا اذا كفل المديون على مبلغ من الدين فدفع المديون دينه ثم استدان مرة ثانية لا يكون كفيله الأول كفيلاً لهذا الدين ٠ وكذا اذا استقرض مبلغاً و كفله آخر عليه ثم دفع جانباً من المبلغ وجدد السند بحق الباقي بعد ان ضم عليه الربح لا يكون الكفيل كفيلاً لهذا الدين اما اذا استوفى الدائن جانباً من دينه واجل الباقي يطالب الكفيل بما بقي في ذمة المكفول ٠

وفي الولواجية استأجر عقاراً في كل شهر بكذا و كفله آخر على هذه الأجارة تبقى الكفالة معتبرةً الى ان يخرج الكفيل نفسه منها في اول شهر واذا توفي تبقى الكفالة معتبرة بحقه بعد وفاته و يطالب ورثته بأجرة المدة التي مضت بسكنى المستأجر بعد وفاته ٠

٭٭٭

« خاتمة »

ان المجلة لم تبحث عن أحكام الكفالة بدون الأمر بصورة صريحة ولم تبين فيما اذا كان الكفيل فيها يرجع على المكفول ام لا يرجع و يعتبر متبرعاً في كفالته وهذا موجب لتردد الحكام في امر اعتبار الكفيل ذا حق بمطالبة الأصيل او متبرعاً ولذلك نقول ان الكفالة متى كانت بأمر الأصيل كانت بحكم الوكالة فكما يرجع الوكيل على موكله بما دفعه يرجع الكفيل على مكفوله اذا كانت بأمره اما الكفالة بدون الأمر فهي عقد تبرع ولا يرجع الكفيل فيها على مكفوله كما يفهم من المفهوم المخالف للمادة (٦٥٧) ومما ذكرناه في هذا الكتاب ٠ وقد جاء في القانون الأفرنسي ما يؤيد رأينا هذا اذ ورد في المادة (٢٠١٤) منه صحة الكفالة بدون امر الكفيل والأصيل وورد في المادة (٢٠٢٨) منه رجوع الكفيل على الأصيل بالدين المدفوع مع الفائض والمصاريف والضرر والخسار وورد في المادة (٢٠٢٩) من هذا القانون ان الكفيل اذا دفع الدين يقوم مقام الدائن بسائر حقوقه وفي المادة (٢٠٣٠) ان الكفيل لمديونين متعددين اذا ادى الدين يرجع على ايهم شآء بما أداه اذا كانوا متكافلين متضامنين ٠

الكتاب الرابع

(في الحوالة و يحتوي على مقدمة و بابين)

المقدمة

(في بيان الأصطلاحات الفقهية المتعلقة بالحوالة)

الحوالة في الحقيقة نوع من البيع وهي بيع الدين بالدين وقد قال الجمهور من علماء الأسلام بأنها مخالفة للقياس لعدم جواز بيع الدين بالدين الا ما ورد عليه النص استدلالاً بنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئ بالكالئ اي المؤخر الذي لم يقبض بالمؤخر وكذلك عقد السلم بدون تسليم رأس المال غير صحيح لانه بيع الدين بالدين . اما التقاص وان كان بيع الدين بالدين ألا ان الدينين ساقطان عند مقابلتهما مع بعضهما بعضاً وكذا بيع الساقط بالواجب كما لو كان المديون عليه الفاً ذهباً فباعها بألف من الفضة فأنه جائز اذا وقع البيع لمن عليه الدين ولغيره لا . ومن هذا النوع الحوالة لأن المحال له يبيع ماله على زيد بمثله في ذمة عمرو برضاء الثلاثة والنتيجة سقوط المبلغ من ذمة زيد وثبوت مثله في ذمة عمرو وقد جوز الفقهاء هذا العقد لانه لم يكن من قبيل تمليك الدين المار ذكره لأن كل واحد من الدينين بتمليك الدين لغير من عليه الدين متساو في المالية والمقصد وصار العقد فيه بدون فائدة اما في الحوالة فتختلف المالية والمقصد .

مادة ٦٧٣ [الحوالة نقل الدين من ذمة الى ذمة اخرى] . اي من ذمة المحيل المديون الى ذمة المحال عليه والنقل بالحوالة هو نقل حكمي لا نقل حسي لأن الدين وصف شرعي فلا ينتقل الا حكماً خلافاً للأعيان فأنها لا تنتقل الا حساً ولذا فأن الحوالة تتعلق بالديون لا بالأعيان

وكلمة الدين الواردة في هذه المادة هي احترازية يحترز بها من العين لأن الدين وحوالته يثبتان بالقول خلافاً للأمور الحسية فأنها لا تثبت ولا تنتقل الا فعلاً · ويجب ان يكون المحيل مديوناً الى المحال فأذا كان غير مديون له وأحاله على مديونه بقبض ماله قبله يكون وكله عنه بقبض الدين لأن اعمال الكلام اولى من اهماله ·

وتنقل الحوالة الدين والمطالبة معاً عند بعض الفقهاء وهذا ما اختارته المجلة اذ قالت الحوالة نقل الدين من ذمة الى ذمة اخرى ويؤيد هذا ما ورد في المادة ٦٩٠ من المجلة القائلة بأن حكم الحوالة هو براءة المحيل من الدين وكفيله من الكفالة فلو كان ما ينقل في الحوالة هو المطالبة فقط لما كان برأ المحيل وكفيله من الدين · اما البعض الآخر من الفقهاء فقد قالوا بأن الحوالة تنقل المطالبة لا الدين واستدلوا بما يأتي : اولاً اذا أبرأ المحال له المحال عليه يصح أبرآؤه ولا يرد برد المحال عليه كما جاء ذلك بالمادتين ٦٩٩ و١٥٦٨ من المجلة فأذا كان ماينقل هو الدين يجب رد الأبراء برد المحال عليه · ثانياً : اذا دفع المحيل الدين يجب على الدائن قبضه فأذا كان المنتقل بالحوالة هو الدين لما وجب على الدائن قبضه من المديون · ثالثاً : لا يصح توكيل المحال له المحيل بقبض الدين من المحال عليه وهذا دليل على ان الحوالة تنقل المطالبة لا الدين لأن الدين لو انتقل من ذمة المحيل لجاز توكيله من الدائن المحال له بقبضه · رابعاً : لا يرجع المحال عليه على المحيل اذا ابرأه الدائن ابرآء اسقاط اما اذا وهبه الدين يرجع على المحيل فأذا كانت الحوالة تنقل الدين والمطالبة لما كان من فرق بين الأبرآء والهبة · خامساً: اذا تحقق التوى اي عدم اقتدار المحال عليه على اداء الدين بعد الحوالة يرجع المحال له على المحيل فلو كانت الحوالة تنقل الدين لما امكن رجوع الدائن على المحيل بشيء ولو تحقق التوى من المحال عليه ·

وتظهر ثمرة هذا الخلاف فيما اذا ابرأ المحال له المحيل بعد الحوالة من الدين فهذا الأبراء يصح عند أصحاب القول الثاني · وكذا اذا أحال الراهن المرتهن على مديونه فيجب على المرتهن رد الرهن الى الراهن عند أصحاب القول الاول ولا يجب عليه الرد عند اصحاب القول الثاني · واذا اردنا التأليف بين القولين نقول ان الحوالة لغةً هي النقل مطلقاً والنقل لا يكون الا بالدين واذا نظرنا الى الحوالة نراها نقل المطالبة فقط وحيث لا يمكن اعتبار جهتي اللفظ والمعنى في وقت واحد لذلك فأننا نعمل بها بقدر الأمكان ففي بعض الأحكام نرجح جانب اللفظ وفي بعضها نرجح جانب المعنى ولذا نرى هذه الأختلافات في أحكام الحوالة ·

مشروعية الحوالة ثابتة بالحديث الشريف القائل « من احيل على مليء فليتبع » ٠

مادة ٦٧٤ [المحيل هو المديون الذي أحال]

مادة ٦٧٥ [المحال له هو الدائن]

مادة ٦٧٦ [المحال عليه هو الذي قبل على نفسه الحوالة]

مادة ٦٧٧ [المحال به هو المال الذي احيل]

مادة ٦٧٨ [الحوالة المقيدة هي الحوالة التي قيدت بأن تعطي من مال المحيل الذي هو في ذمة المحال عليه او في يده] ٠ وهذا المال اما ان يكون أمانةً كالوديعة او مضموناً كالمغصوب لذلك فالحوالة المقيدة اما ان تكون حوالة بالدين. واما ان تكون حوالة بالعين الأمانة واما ان تكون حوالة بالعين المضمونة ٠

مادة ٦٧٩ [الحوالة المطلقة هي التي لم تقيد بأن تعطى من مال المحيل الذي هو عند المحال عليه] ٠ سواء كان للمحيل عند المحال عليه مال اولم يكن ٠ و يوجد ايضاً حوالة مبهمة وهي الحوالة التي لم يبين فيها تعجيل المحال به او تأجيله وحوالة غير مبهمة وهي الحوالة التي لم يبين فيها التعجيل او التأجيل ٠

* * *

« الباب الأول »

(في بيان عقد الحوالة و ينقسم الى فصلين)

﴿ الفصل الأول ﴾

(في بيان ركن الحوالة)

ركن الحوالة هو الأيجاب والقبول فلا تنعقد الحوالة بأيجاب المحال عليه فقط كالكفالة لأنه لو جاز انعقاد الحوالة بأيجاب المحال عليه لوجب اضرار المحال له بنقل دينه من ذمة الى ذمة ربما كانت اقل ملاءة منها . الحوالة اما لازمة وهي الحوالة التي يحيل بها المديون دائنه على آخر برضائهما وقبولها حوالة مطلقة او مقيدة . واما جائزة وهي الحوالة المقيدة بأدائها من ثمن دار المحال عليه او دابته فلا يجبر فيها المحال عليه ببيع دابته او داره واداء الدين من ثمنها . واما فاسدة وهي الحوالة المقيد اداؤها من ثمن دار المحيل او دابته لان المحال عليه لا قدرة له على بيع مال المحيل لانه غير موكل من قبله بذلك .

مادة ٦٨٠ [لو قال المحيل لدائنه احلتك على فلان وقبل المحال له والمحال عليه تنعقد الحوالة] .

يفهم من هذه المادة بأن رضاء المحال له وقبوله شرط بالاجماع لأن الدين حقه وذمم الناس متفاوتة ونقل دينه لمن لا يأتمنه مضر بحقه وكذا رضاء المحال عليه شرط ولو كان مديوناً للمحيل لان الطلب يختلف بنسبة الطالب فطالب يسامح بطلبه وطالب يطالب بعنف وشدة وقد قال الشافعي واحمد ومالك بجواز انعقاد الحوالة بين المحيل والمحال له بناءً تدفع من مال المحيل الموجود في يد المحال عليه لأن المحيل بأمكانه استيفاء مطلوبه من مديونه ومتى كان له ذلك جاز له حوالة دائنه عليه لأن للدائن قبض دينه بالذات او بواسطة غيره .

مادة ٦٨١ [يصح عقد الحوالة بين المحال له والمحال عليه وحدهما مثلاً لو قال

احد لآخر خذ مالي على فلان من الدين وقدره كذا قرشاً حوالة عليك فقال له الآخر قبلت او قال له اقبل الدين الذي لك بذمة فلان وقدره كذا قرشاً حوالة عليَّ فقبل تصح الحوالة حتى انه لو ندم المحال عليه بعد ذلك لا تفيد ندامته] .

لأن من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه . واذا عقدت الحوالة بغير امر المحيل فليس للمحال عليه ان يرجع على المحيل بما دفعه للمحال له وليس له ان يجري التقاص بدين المحيل الذي له عليه اذا كانت الحوالة بلا امر ولذا لم تشترط هذه المادة قبول المحيل لأن الحوالة نافعة له خلافاً لما قاله بعض الفقهاء اذ قالوا ان أصحاب المروءة لا يرضون بدفع ما عليهم من الدين من غيرهم . ويشترط في الحوالة المنعقدة بين المحال له والمحال عليه بناء يدفع المحال عليه الحوالة من مال المحيل الموجود في يد المحال عليه رضاء المحيل لأن هذه الحوالة تعود على مال المحيل فلا بد من قبوله .

مادة ٦٨٢ [الحوالة التي أجريت بين المحيل والمحال له وحدهما اذا اخبر بها المحال عليه فقبلها صحت وتمت مثلاً لو أحال احد دائنه على آخر وهو في ديار اخرى فبعد أعلام المحال عليه ان قبلها تتم الحوالةِ] .

وان لم يقبلها لا تتم ولا يشترط حضور المحال عليه او حضور وكيله في مجلس عقد الحوالة لان رضاء المحال عليه هو شرط نفاذ الحوالة لا شرط انعقادها فتبطل برده اياها او بوفاته قبل قبولها لان الحوالة لا تتم الا بانتقال الدين لذمة المحال عليه والدين لا يلزم المحال عليه بدون التزام ولا فرق بين الحوالة المطلقة والمقيدة لأن المحال عليه لا يجبر على دفع دين المحيل في الحوالة المطلقة ولو كان بأمر المحيل بدون رضائه لان ذلك اجبار له على دفع المال منه ثم الرجوع على المحيل بما دفعه وفي الحوالة المقيدة يجب عليه ان يدفع الدين من مال المحيل او من أمانته الموجودة لديه والناس تختلف بالطلب ولذا فللدائن مطالبة المحيل قبل قبول المحال عليه هذه الحوالة . يستثنى من ذلك نفقة الزوجات فأذا قدر القاضي نفقة للزوجة واذنها باستدانتها فلها ان تستدينها وتحيل الدائن على زوجها ولا يشترط قبول الزوج في هذه الحوالة عند الأئمة الحنفية .

اما الشافعي رضي الله عنه فأنه يرى عدم توقف نفاذ الحوالة على رضاء المحال عليه وحجته ان الدائن له حرية التصرف في دينه مرة بالأبراء واخرى بتفويض استيفاءه الى غيره بدون استشارة المديون والمحيل ليس فضوليا في عمله وحوالته بل هو متصرف في ماله وهذا اقرب الى القياس .

مادة ٦٨٣ [الحوالة التي أجريت بين المحيل والمحال عليه تنعقد موقوفة على قبول المحال له مثلاً لو قال احد لآخر خذ عليك حوالة ديني الذي بذمتي لفلان وقبل المحال عليه ذلك تنعقد الحوالة موقوفة فأذا قبلها المحال له تنعقد] .

لأن ذمم الناس متفاوتة بأداء الدين فلو جازت الحوالة بدون رضاء المحال له لأحيل على من لا يرغب بنقل دينه لذمته وهذا ضرر بحقه . ولا يشترط حضور المحال له في مجلس الحوالة عند ابي يوسف لأن اتحاد المجلس عنده من شروط نفاذ الحوالة لا من شروط انعقادها خلافاً للطرفين فأنهما قالا بلزوم حضوره او حضور وكيله في مجلس عقد الحوالة لأن اتحاد المجلس في الحوالة عندهما من شروط الانعقاد اما المجلة فقد اختارت قول الأمام ابي يوسف في هذه المادة وهو ارفق بالناس واقرب الى القواعد المقررة فيما سبق .

***

الفصل الثاني

(في بيان شروط الحوالة)

مادة ٦٨٤ [يشترط في انعقاد الحوالة كون المحيل والمحال له عاقلين]

لأن عقد الحوالة بحق المحيل والمحال عليه من العقود الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والشراء والأيجار وهذه العقود يكفي فيها العقل والتمييز والأذن .

[وكون المحال عليه عاقلاً بالغاً] لأن الحوالة اذا كانت بلا امر المحيل فهي عقد تبرع بحق المحال عليه من كل الوجوه واذا كانت بأمر المحيل فهي عقد تبرع ابتداء ولذا فأنها تحتاج الى العقل والبلوغ كالهبة والصدقة .

[فكما ان احالة الصبي غير المميز دائنه على آخر وقبول الحوالة لنفسه من آخر باطل فكذلك الصبي مميزاً او غير مميز مأذوناً او محجوراً اذا قبل حوالة على نفسه من من آخر تكون باطلة]

وكذلك الولي والوصي فليس لهم قبول الحوالة بحق الصبي لأن تصرفهما مقيد بالمصلحة . ولا يشترط عقل المحيل وتمييزه في الحوالة المنعقدة بين المحال له والمحال عليه بدون امر المحيل لأن قبوله لهذه الحوالة ليس بشرط اما المريض مرض الموت اذا قبل الحوالة على نفسه اثناء مرضه تنفذ من ثلث متروكاته اذا كان غير مديون والا لا تنفذ اصلاً بحق الغرماء بدون تصديقهم .

مادة ٦٨٥ [يشترط في نفوذ الحوالة كون المحيل والمحال له بالغين]

لأن الحوالة بحق المحال له هي من العقود الدائرة بين النفع والضرر والمحال عليه اما ان يكون اغنى وايسر من المحيل وبذلك فائدة للمحال له واما ان يكون فقيراً ومعسراً وهذا مضر بحق الدائن المحال له لذلك وجب بلوغ المحال له لأجل نفاذ الحوالة و يشترط بلوغ المحيل لنفاذ الحوالة اذا كانت بالأمر والا فلا .

[بناءً عليه حوالة الصبي غير المميز وقبوله الحوالة لنفسه موقوفة على اجازة وليه فأن اجازها تنفذ و بصورة قبوله الحوالة على نفسه يشترط كون المحال عليه املأ يعني اغنى من المحيل ولو اذن الولي].

لأن اجازة الولي مقيدة بنفع الصغير و كذا الولي والوصي فاهما اخذ الحوالة بدين الصغير الموروث له من ابيه على من هو املأ من المديون المحيل ولا تنعقد حوالة الصغير المقرونة بأجازة وليه ولا حوالة الولي رأساً على من هو اقل ملآءة من المديون الا اذا كان العقد الناشئ عنه هذا الدين واقعاً بمباشرة الولي او الوصي فله حينئذ اخذ الدين على محال عليه اقل ملآءةً من المديون او على مفلس انما يضمن الولي والوصي للصغير ما يقع من الضرر عند الطرفين

اما الامام ابو يوسف فأنه لم يجز هذه الحوالة اصلاً ٠ وكذا يصح ابراء الولي او الوصي المديون من دين الصغير الناشئ من عقده و يضمن الولي والوصي ما ابرأه عند الطرفين ٠

مادة ٦٨٦ [لا يشترط ان يكون المحال عليه مديوناً للمحيل فتصح حوالته وان لم يكن للمحيل دين على المحال عليه]٠

وتكون الحوالة مطلقة ويجب في هذه الحوالة ان يكون المحيل مديوناً الى المحال له كما ذكرنا آنفاً والا تكون الحوالة وكالة لاحوالة خلافاً للشافعية فأنهم قالوا بوجوب كون المحال عليه مديوناً للمحيل والا تكون من قبيل اداء دين الغير تطوعاً ولا تسمى حوالة (باجوري)٠

مادة ٦٨٧ [كل دين لا تصح الكفالة به لا تصح الحوالة به]

وكذا لا تنعقد الحوالة بحق غير الدين ولا تجوز حوالة الاعيان الموجودة بناءً عليه اذا كان للمودع عند الوديع خمسون ليرة او خمسون مد حنطة فلا تصح حوالة المبلغ او الحبوب من الوديع على غيره ولا تصح الكفالة بهما ايضاً ٠

وكذا لا تصح الحوالة على الدين الغير الصحيح الناشئ عن ميسر او ثمن خمر ٠

مادة ٦٨٨ [كل دين تصح الكفالة به تصح الحوالة به لكن يلزم ان يكون المحال به معلوماً فلا تصح حوالة الدين المجهول مثلاً لو قال قبلت دينك الذي يثبت على فلان لا تصح الحوالة]

وكذا الديون الغير الصحيحة فأنها لا تحال الا النفقة المقدرة من الحاكم والمستدانة ٠

قلنا لا تصح حوالة الدين المجهول فأذا قال المحال عليه قبلت مالك في ذمة فلان حوالة لا تصح خلافاً للكفالة فأنها تصح بحق الدين المجهول لأن الكفالة تثبت بذلك على خلاف القياس فغيرها لا يقاس عليها ولأن الحوالة توجب برائة ذمة المحيل فأذا كان الدين مجهولاً تعذر اثباته على المحال له وضاع بحق المحيل والمحال عليه ٠

مادة ٦٨٩ [كما تصح حوالة الديون المترتبة في الذمه اصالة كذلك تصح حوالة الديون التي تترتب في الذمة من جهتي الكفالة والحوالة]

لأن الذمة في الأصل قابلة للكفالة والحوالة فتجوز حوالة الدين من الكفيل او من المحال عليه على غيره انما يجب ان يكون الدين صحيحاً وغير مجهول وهذا يفيد ان الكفالة تنقل الدين والمطالبة من ذمة الى ذمة لانها لو كانت لا تنقل الدين كما قلنا لما جاز انعقاد الحوالة من الكفيل .

***

« الباب الثاني »

(في بيان أحكام الحوالة)

مادة ٦٩٠ [حكم الحوالة هو انه يبرأ المحيل من الدين و كفيله من الكفالة ان كان له كفيل و يثبت للمحال له حق مطالبة ذلك الدين من المحال عليه واذا أحال المرتهن احداً على الراهن فلا يبقى له حق حبس الرهن ولا صلاحية توقيفه] .

لأن ماهية الحوالة هي برائة المحيل من الدين و برائة كفيله من الكفالة ومتى وقعت الحوالة لا يصح ابراء المحيل ولا هبة الدين له واذا أبرأ المحال له المحيل ثم ظهر افلاس المحال عليه وعاد الدين على المحيل لا يعتبر الأبراء لان الأبرآء بعد الحوالة لا تأثير له لعدم وجود دين في ذمة المحيل للمحال له بعد الحوالة .

ولا يرجع المحال له على المحيل بعد الحوالة اذا توفي المحال عليه وليس للمحال له مطالبة ورثة المحيل بعد وفاته ولا يدخل بقسمة الغرماء اذا كانت تركة المحيل مستغرقة بالدين .

واذا توفي المحال له ينتقل حق مطالبة الدين من المحال عليه الى ورثته .

وتجوز حوالة الدين الواحد على عدة أشخاص بعقد واحد و يطالب المحال عليهم بالدين بنسبتهم العددية كالكفالة اما اذا أحيل الدين على محال عليه لا تجوز الحوالة على غيره لأن الدين متى أحيل برأت ذمة المحيل ولا يبقى ما تمكن حوالته خلافاً للكفالة . واذا أحال المرتهن احداً على الراهن يسقط حقه من حبس الرهن وتوقيفه لأن المرتهن دائن والراهن مديون فأذا أحال آخر على دائنه تبرأ ذمة المديون الراهن . وكذا اذا أحال الراهن المرتهن على آخر سقط حق المرتهن من حبس المرهون عند من قال بانتقال الدين بالحوالة من الفقهاء .

وكذا أذا أحال البائع احداً على المشتري بثمن المبيع يسقط حق حبسه للمبيع اما اذا احال المشتري البائع على غيره بثمن المبيع فيسقط حق الحبس عند من قال بانتقال الدين بالحوالة ٠

و يبرأ المحيل بالحوالة و ينتقل الدين من ذمته الى ذمة المحال عليه بشرط السلامة لأن القصد من الحوالة هو استيفاء الدين من المحال عليه لا مجرد ثبوته في ذمته لعدم التفاوت بين ذمم الناس من جهة الوجوب لذلك فان حكم الحوالة ينتهي بالتوى وتنفسخ و يعود الدين لذمة المحيل لأن الحوالة عندالسادة الحنفية مبادلة ذمة المحيل بذمة المحال عليه ولما كان البيع المطلق يوجب سلامة المبيع من كل عيب كان من الواجب سلامة حق المحال له بالحوالة من الهلاك ٠ اما الأمام الشافعي فلم ينظر الى المبادلة بل نظر الى السقوط وقال ان الدين بعد الحوالة والانتقال لذمة المحال عليه قد سقط من ذمة المحيل والساقط لا يعود ٠

واذا ثبت التوى بقسم من المحال به يأخذ المحال له ما يمكن اخذه من الدين من المحال عليه او من تركته او من قسمة غرمائه و يرجع بالباقي على المديون ٠

و يحصل التوى بأنكار المحال عليه الحوالة وحلف اليمين بعد عجز المحال له عن اثباتها و يحصل بأفلاس المحال عليه ولا كفيل له ولا يثبت بتغيب المحال عليه وجهالة محل اقامته ولا بالحكم على المحال عليه بأفلاسه عند الأمام الأعظم وهو المفتى به ٠

واذا حكم الحاكم بأفلاس المحال عليه ورجع المحال له على المحيل ثم ظهر للمحال عليه دين او امانة عند آخر تعود الحوالة وللحاكم ابطال حكمه لأنه لا عبرة بالظن الظاهر خطأوه ٠ واذا ظهر مال المحال عليه بعد ان قبض المحال له دينه من المحيل يعيد له ما قبضه منه لأن ذمة المحيل برأت بالسبب الحادث ٠

وتنفسخ الحوالة بالأقالة من المحيل والمحال له لأنها مبادلة و يعود الدين لذمة المحيل وتنفسخ ايضاً بخيار الشرط عند استعماله من المحال له او المحال عليه ٠

واذا ادعى المحال له بغياب المحال عليه على المحيل بأن المحال عليه انكر الحوالة وحلف اليمين وطلب الرجوع على المحيل فأذا صدقه المحيل تسمع دعواه و يرجع عليه واذا لم يصدقه فلا تسمع دعواه ولا بينته في غياب المحال عليه ٠ واذا ادعى المحال له بأن المحال عليه توفي مفلساً ورجع المحال له على المحال عليه وطالبه بالدين فادعى المحيل بأن المحال له استوفى الدين من المحال عليه يحلف المحال له على عدم قبض الدين من المحال عليه ٠

وتبطل الحوالة المقيدة بدفع الدين من ثمن المبيع المباع الى المشتري او من امانة المحيل او من مبلغ المحيل الموجود في يد المحال عليه واذا ضبط المبيع والأمانة بالأستحقاق او تلف المبلغ في يد المحال عليه ٠

مادة ٧٩١ [اذا احال المحيل حوالة مطلقة فأن لم يكن له عند المحال عليه دين يرجع المحال عليه على المحيل بعد الاداء وان كان له دين على المحال عليه يكون تقاصا بدينه بعد الأداء]

يستثنى من عبارة اذا احال المحيل الواردة في هـذه المادة الحوالة المنعقدة باتفاق المحال له والمحال عليه لأن المحال عليه لا يرجع فيها على المحيل بمادفعه ويكون متبرعاً ٠

ويستفاد من عبارة (يرجع المحال عليه على المحيل) الواردة في هذه المادة الرجوع ولو لم تنعقد الحوالة بأمر المحيل لأن الحوالة تتضمن الامر ذكر ام لم يذكر ٠

ويستثنى من عبارة (بعد الاداء) الرجوع قبل الاداء لأن المحال عليه لا يطالب المحيل الا بعد الاداء انما له تضيقه وطلب تخليصه من الدائن ٠ وكذا اذا توفي المحال له وورثه المحال عليه يرجع على المحيل بما احال الدائن عليه ٠

ويشترط في التقاص المنصوص عنه بعبارة (وان كان له دين على المحال عليه يكون تقاصا بدينه بعد الأدآء) وان يكون الدين الجاري التقاص عليه من جنس الدين المدفوع اما اذا كان من غير جنسه فلا يجري فيه التقاص وللمحيل قبضه وللمحال عليه مطالبة المحيل بما دفعه وفي الحوالة المطلقة يجب على المحال عليه اداء الدين من ماله وليس له ان يدفعه من مال المحيل ومطالبته بما دفعه عنه ٠

وكذا في الحوالة المطلقة اذا توفي المحيل وكان له مال عند المحال عليه فليس للمحال له اخذ مال المديون المتوفي من المحال عليه ولا يدخل في قسمة الغرماء بل يستوفي حقه ودينه من المحال عليه ٠ واذا اعطى المحال عليه مال المحيل الى المحال له وتلف يضمنه المحال عليه (نتيجة وهندية)

مادة ٦٩٢ [ينقطع حق مطالبة المحيل بالمحال به في الحوالة المقيدة] ٠

لأ نه يكون بحوالته اثبت حق طلب المحال به الي المحال له واسقطه عن نفسه كالرهن

لأن الراهن ليس له التصرف به ما دام مرهونًا فالمحال به هو امانة المحيل وماله وثمن مبيعه الموجود بيد المحال عليه ٠

[وليس للمحال عليه بعده ان يعطي المحال به للمحيل وان اعطاه يضمن]

لأن الدين مشروط اداؤه من هذا المال والشرط يراعى بقدر الأمكان وان اعطاه يضمن لأنه يكون ابطل حق المحال له فيجب عليه تحمل الضرر الناتج عن ذلك ٠

[وبعد الضمان يرجع على المحيل] لأنه يملك ما للمحال له في ذمة المحيل بالضمان فيرجع عليه [ولو توفي المحيل قبل الاداء وكانت ديونه ازيد من تركته فليس لسائر الغرماء حق في المحال به] عند زفر رضي الله عنه خلافًا للامامين لأن حق المحال له تعلق بعين المال الموجود في يد المحال عليه فلا يجوز لغرماء المحيل ان يتداخلوا بهذا المال ولا ان يطالبوه بعد وفاة المحيل لأن المحيل نفسه حال حياته كان غيرقادر على اخذه ٠

واذا قال المحيل بعد الحوالة المقيدة للمحال عليه انني لم اكن مديونًا للمحال له والحوالة هي وكالة بقبض الدين اعطني مالي قبلك فلا تسمع دعواه وبينته بحضور المحال له وعلى رواية تسمع ويحكم بها وله نهي المحال عليه من الدفع الى المحال له واذا دفع المحال عليه دين المحيل في الحوالة المقيدة بالعين لا يكون متبرعًا فيرجع على المحيل واذا كانت الحوالة مقيدة بالدين ولم يف الدين المحال به فليس للمحال له ان يطالب المحال عليه بما زاد عن الدين ٠

مادة ٦٩٣ [لاتبطل الحوالة المقيدة بأن يؤدي مما في ذمة المشتري للبائع من ثمن المبيع اذا هلك المبيع قبل التسليم وسقط الثمن او رد بخيار الشرط اوخيار الرؤية او خيار العيب او اقيل البيع] برضاء الطرفين او بحكم الحاكم لأن الثمن يتعين في ذمة المشتري بمجرد البيع وقبل تسليم المبيع فسوآء هلك المبيع في يد البائع او رد بخيار لا يؤثر ذلك على الحوالة التي عقدت صحيحة [ويرجع المحال عليه بعد الأداء على

المحيل يعني يأخذ ما اداه للمحال له من المحيل] لأن المحال عليه يملك المحال به بالأداء [اما لو تبين براءة المحال عليه من ذلك الدين بأن استحق واخذ المبيع فتبطل الحوالة]

لأن دعوي الاستحقاق تبطل البيع من اصله والاستحقاق يتعلق بالبيع الموقوف والبيع الموقوف لا يفيد الحكم الا بالأجازة خلافاً للرد بالخيار وبما ان الحوالة مقيدة في الأصل بدفع المحال به من ثمن المبيع فأذا بطل البيع بطلت الحوالة . واذا دفع المحال عليه الدين الى المحال له قبل الاستحقاق فهو بالخيار ان شاء رجع على المحيل وان شاء رجع على المحال له .

واذا احال المشتري بائعه على مديونه حوالةً مقيدة ورد المبيع الى البائع بخيار تبطل الحوالة لأن البائع لم يبق له في ذمة المشتري شئ يستوفيه من المحال عليه .

وكذا اذا أحال المؤجر دائنه على المستأجر ثم بطلت الأجارة لظهور كون المأجور مال الغير تبطل الحوالة .

مادة ٦٩٤ (تبطل الحوالة المقيدة بأن يؤدي من مال المحيل الذي هو في يد المحال عليه امانةً اذا ظهر مستحق واخذ ذلك المال ويعود الدين على المحيل]

مادة ٦٩٥ [اذا كانت الحوالة مقيدة بأن يؤدي من مبلغ المحيل الذي هو في يد المحال عليه فهلك ذلك المال فأن لم يكن مضموناً بطلت الحوالة وعاد الدين على المحيل وان كان مضموناً لا تبطل الحوالة مثلاً لو احال احد دائنه على آخر على ان يؤدي من دراهمه التي هي عنده امانةً ثم تلفت الدراهم قبل الاداء بلا تعد تبطل الحوالة ويعود دين الدائن على المحيل واما لو كانت تلك الدراهم مغصوبة او امانةً مضمونةً بأتلافه فلا تبطل الحوالة] .

ووجه هذه المادة هو ان المحال عليه التزم اداء الدين من مال المحيل الموجود عنده فأذا تلف المال بطلت الحوالة .

مادة ٦٩٦ [لو احال احد دائنه على آخر على ان يبيع مالاً معيناً له ويؤدي الدين من ثمنه وقبل المحال عليه الحوالة بهذا الشرط تصح و يجبر المحال عليه على بيع ذلك المال واداء دين المحيل من ثمنه]

لأن هذه الحوالة تتضمن الوكالة بالبيع والتوكيل يخول الوكيل التصرف في مال المحيل ودفع الذمة عنه وفي هذه الحوالة كما لا يجوز للوكيل ان يخرج نفسه من الوكالة لا يجوز للموكل المحيل عزله لتعلق حق الغير به ·

ولا تنعقد الحوالة بين المحال له والمحال عليه بناءً ببيع المحال عليه مال المديون الموجود لديه و يؤدي من ثمنه المحال به اذا كان ذلك بدون امر المحيل وتكون هذه الحوالة فاسدة ·

ولا تنعقد الحوالة ايضاً بين المحال له والمحال عليه ببيع المحال عليه مال الاجنبي الموجود لديه ويؤدي من ثمنه لأن التصرف في ملك الغير باطل وتنعقد الحوالة بين المحال له والمحال عليه ببيع مال المحال عليه ودفع الحوالة من ثمنه الا ان المحال عليه لا يجبر في هذه الحوالة على بيع ماله ولا يلزمه الاداء الا بعد البيع ·

مادة ٦٩٧ [الحوالة المبهمة اي التي لم يبين فيها تعجيل المحال به وتأجيله ان كان الدين فيها معجلاً على المحيل تكون حوالةً معجلة على المحال عليه و يلزمه الأداء في الحال وان كان الدين موءجلاً تكون حوالةً موءجلة و يلزم الاداء بحلول الأجل]·

لأن الحوالة هي نقل الدين فأذا لم ينقل مقيداً بشرط يكون تابعاً للأصل وفي هذه الصورة يبطل الأجل بوفاة المحال عليه مفلساً ومتى وعادت الحوالة على المحيل عاد الأجل ·

وتجوز حوالة الدين المؤجل مؤجلاً ومعجلاً وكذلك العكس الا الوصي والولي فليس لهما ان يأخذا حوالة مؤجلة بدين الصغير المعجل الا اذا كان الدين ناشئاً عن عقد جرى من قبلهما فلهما اخذ حوالةً مؤجلة به عند الشيخين ·

مادة ٦٩٨ [ليس للمحال عليه ان يرجع علي المحيل قبل اداء الدين]

لأن الرجوع يحتاج الى الأداء والى ماهو بمعنى الأداء كالهبة والصدقة والأرث اما الأبراء في الحوالة فأنه اسقاط لا يفيد التمليك ولا يكسب المحال عليه حق الرجوع على المحيل .

[ولا يرجع الا بالمحال به يعني يرجع بجنس ما أحيل عليه من الدراهم والا فليس له الرجوع بالمؤدى مثلاً لو أحيل عليه بفضة واعطى ذهباً يأخذ فضة وليس له ان يطالب بالذهب وكذلك لو أداها بأموال وأشياء أخر فليس له الا أخذ ما أحيل به عنه]

اما اذا تصالح المحال عليه مع المحال له على شيء من الدين يرجع على المحيل بما دفعه لا بما احيل به لأن الصلح هو اسقاط البعض والأسقاط ابراء .

واذا دفع الدين فضولي تبرعاً عن المحال عليه يرجع المحال عليه على المحيل واذا دفعه تبرعاً عن المحيل فلا يرجع المحال عليه على المحيل بشيء واذا دفع الفضولي ولم يبين عن ذمة من دفع يسأل و يعتبر قوله واذا توفي الفضولي او تغيب قبل ان يعلم منه عن ذمة من دفع الدين يعتبر دفعه عن ذمة المحال عليه و يرجع على المديون .

مادة ٦٩٩ [كما يكون المحال عليه بريئاً من الدين بأداء المحال به او بحوالته اياها على آخر او بأبراء المحال له اياه كذلك يبرأ من الدين لو وهبه المحال به او تصدق به عليه وقبل ذلك] .

لأن كلاً من اداء المحال به وحوالته على آخر وابراء المحال له يوجب برائة المحال عليه بدون قبول منه اما هبة المحال به او التصدق به على المحال عليه فيحتاج الي قبوله لأن الهبة أو الصدقة لا تتم الا بالقبول وترد بالرد واذا سكت المحال عليه ولم يرد الهبة او الصدقة فتصح وتبرأ ذمته اما الأبرآء فأنه اسقاط كما قلنا قبلاً فلا يحتاج الى قبول و يرد بالرد .

استطراد : اذا قبض المحال له المحال به من المحال عليه وطلب المحيل من المحال له ما قبضه قائلاً انني كنت وكلتك بقبض مالي في ذمة المحال عليه ولم اكن مديوناً لك وقال المحال له انك احلتني بدين لي عليك وقبضت الحوالة فالقول قول المحيل مع اليمين .

واذا أحال المديون دائنه على احد ثم أحاله على آخر تصح الحوالة الثانية وتنفسخ الأولى و يبرأ المحال عليه الأول على رأي من قال ان الحوالة تنقل المطالبة وتبقي الدين (رد المحتار) .

مادة ٧٠٠ [لو توفي المحال له فورثه المحال عليه لا يبقى حكم الحوالة] .

اذا ورثه حصراً واذا كان له شركاء في الأرث يطالبونه بما يصيبهم . والخلاصة ان المحال عليه يبرأ بأحدالوجوه الآتية (١) بالأداء (٢) بحوالته على غيره (٣) بالأبراء (٤) بالهبة (٥) بالتصدق (٦) بحوالة المحيل المحال له على غير المحال عليه (٧) بوفاة المحال له وانحصار ارثه بالمحال عليه .

لقد تم كتاب الحوالة واغفلت المجلة الحوالة بالأمر و بدونه وامكان الرجوع فيهما او في احدهما على المحيل كما بينا في الكفالة وهذا نقص في متن القانون وان كان يفهم ذلك من مفهوم مخالف المادة (٦٩٨) فتدبر .



الكتاب الخامس

(في الرهن ويشتمل على مقدمة وثلاثة أبواب)

المقدمة

(في بيان الأصطلاحات الفقهية المتعلقة بالرهن)

الرهن معاملة قديمة وهو ثابت بالكتاب والسنة واجماع الأمة ومؤيد بالعقل فقد ورد في القرآن الكريم « وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة » وان الرسول عليه الصلاة والسلام لم يمنع الصحابة من معاملات الرهن فيما بينهم حتى انه عليه الصلاة والسلام كان استدان من موسوي يدعى ابا الشحم وسق شعير ورهن عنده درعه . وقد اجمع المجتهدون على تجويز الرهن بحق كل منقول سواء كان معداً للطاعات او لغيرها كرهن المصاحف . ولا ينحصر الرهن بحال السفر بل يجوز بحال الحضر عملاً بالحديث الفعلي المذكور ويجب بقاء المرهون في يد المرتهن بعد وفاة الراهن لأن درع الرسول بقي مرهوناً عند الموسوي واستخلصه الخليفة الأول بعد أداء الدين . اما الدليل العقلي على تجويز الرهن فهو ان الدائن يتحرى توثيق ماله قبل المديون فأما ان يأخذ كفيلاً على الدين واما ان يأخذ مالاً يوثق به ذمة المديون المرهونة عنده لأجله وهو عقد مفيد للدائن والمديون لأن الدائن يخاف من ان يبيع المديون امواله فراراً من الدين ويحرمه من ماله والمديون ربما لا يجد من يدينه بدون رهن فيتضرر اذا لم يجز الشرع له الرهن . وبما ان منفعة الراهن اعظم من منفعة المرتهن فقد كلف الراهن بدفع مصاريف الرهن .

مادة ٧٠١ [الرهن حبس مال وتوقيفه في مقابلة حق يمكن استيفاؤه منه ويسمى ذلك المال مرهوناً او رهناً] ٠

فيجب ان يكون المرهون مالاً ولا يجوز رهن الانسان الحر والمسجد والعرصات المتروكة للعموم والمنافع والأراضي الأميرية والموقوفة لأن المتصرفين بها لا يملكون الرقبة ولهم فراغها بالوفاء والفرق بين الرهن والفراغ بالوفاء ظاهر اولاً من جهة الأسم ثانياً من جهة التلف والضمان لأن تلف المفروغ وفاء لا يعود ضرره على المفروغ له خلافاً للرهن فأنه يعود على المرتهن بما يعادل قيمته من الدين ٠ ويجب ان يعطى في مقابلة حق مالي يمكن استيفاؤه منه لذلك لا يعطى الرهن بمقابلة القصاص واليمين والكفالة بالنفس والشفعة وما شابه ذلك لأن مثل هذه الحقوق لا تستوفى من المرهون وكذا لا يعطى الرهن بمقابلة الأمانة لان تلف الأمانة بلا تعدٍ لا يوجب الضمان فلا شيءٌ فيها يمكن استيفاؤه من الرهن ٠

اما الحق المالي فهو اما ان يكون ديناً حقيقياً لازماً ظاهراً و باطناً كثمن المبيع و بدل الأجارة والقرض والدية والأرش ٠ او ديناً حقيقياً لازماً ظاهراً فقط كتصادق الدائن والمديون بعد الرهن على عدم وجود الدين وثبوت كون المال المباع من التركة المأخوذ الرهن من اجل ثمنه بعد بيعه ان بيعه غير جائز او ديناً حقيقياً غير لازم في الحال الا ان سبب لزومه موجود حين الرهن كأعطاء الرهن على بدل الأجارة في اجارة لم تنقض مدتها او ديناً حكمياً كالمال المغصوب والأعيان المقبوضة في البيع الفاسد والمقبوضة بسوم الشراء ودفع الثمن والحق المالي فكما انه يجوز ان يكون معلوماً فيجوز ان يكون معجلاً ايضاً كما سيأتي ذلك في شرح المادة (٧٠٧) من المجلة و يبطل الرهن اذا اعطي بمقابله حق لم يكن ثابتاً في الذمة عند الرهن كأعطاء الرهن من الكفيل على كفالة مالية معلقة بكفالة نفسيةٍ لم تنقض مدتها وكأعطاء الرهن على الدرك قبل حصوله واذا تلف الرهن المعطى على هذه الصورة لا يضمن المرتهن شيئاً منه ٠ واذا حصل الدرك بعد الرهن لا يصح الرهن وليس للمرتهن حبس المرهون المعطى على هذا الوجه ولا يجوز اعطاء الرهن بمقابل الدين الموعود لان الأنسان عادةً لا يخلف بوعده ٠ اما الاستيفاء فهو قسمان الاول استيفاء حقيقي كبيع المرهون واستيفاء الدين من ثمنه والثاني استيفاء حكمي كتلف المرهون في

يد المرتهن او في يد العدل وقيمته اقل من الدين حيث يضمن المرتهن قيمته يوم قبضه و يسقط من دينه ما يعادل ذلك ·

و ينعقد الرهن بالأيجاب والقبول وما القبض والحبس الا لتمامه ·

ولا يكون الرهن اجبارياً حتى ولو باع رجل ماله لآخر مشترطاً عليه حين البيع اعطاء رهن بمقابل الثمن فللمشتري ان يمتنع من اعطاء الرهن ولا يجبر عليه وللبائع الخيار اما ان يفسخ البيع واما ان يقبل بدون رهن و يسمى هذا الخيار خيار وصف الثمن لأن الثمن الذي بمقابله رهن اوثق وامتن من الثمن الذي لا رهن بمقابله و يسقط حق خيار البائع اذا اعطاه المشتري الثمن او قيمة الرهن قبل فسخ البيع ·

ولا يكلف الراهن لأعطاء رهن آخر اذا ضبط المرهون من يد المرتهن من مستحق لأن الرهن يعطى على وجه التبرع لا على وجه الأجبار واذا ظهر مستحق للمرهون بعد تلفه في يد المرتهن فأذا ضمن الراهن يسقط من دينه ما يعادل قيمة الرهن لان الراهن ملك المرهون بضمان قيمته لصاحبه المستحق واذا ضمن المرتهن يعود على الراهن بما ضمنه لانه يكون عزه بالرهن و يعود عليه بماله قبله ولا يقال بأن الدين سقط بمقابل الرهن لان تضمين المرتهن هو بمثابة تمليك الرهن له وقد ثبت بأن الراهن كان لا يملك حين الرهن شيئاً في المرهون فيرجع المرتهن على الراهن بما ضمنه للتغرير و بدينه الثابت في الذمة في الأصل ·

مادة ٧٠٢ [الارتهان اخذ الرهن] ·

مادة ٧٠٣ [الراهن هو الذي أعطى الرهن] · وهو المديون اما حقيقة او حكماً ·

والراهن اما ان يرهن ماله او مال غيره فأذا رهن مال غيره فأما ان يرهنه بمقابل دينه او بمقابل دين صاحبه واذا رهنه بمقابل دين صاحبه فأما ان يرهنه بأمره فيكون و كيلاً بالرهن واما ان يرهنه بدون امره فيكون فضولياً واذا رهنه بمقابل دينه فأما ان يرهنه بأذن صاحبه فيكون رهناً مستعاراً واما ان يرهنه بدون اذن صاحبه فيكون رهناً فضولياً ·

مادة ٧٠٤ [المرتهن هو آخذ الرهن]

مادة ٧٠٥ [العدل هو الذي ائتمنه الراهن والمرتهن] او الحاكم [وسلماه

وأودعاه الرهن] . سواء كان مأذونًا ببيعه ام لم يكن ويجب ان يكون العدل عاقلاً مأموناً من الطرفين ولا تشترط عدالته اي لايشترط ان تكون حسناته اكثرمن سيئاته ويجب ان يكون امينًا للطرفين فلايجوز ان يكون رب المال عدلاً لرهن المضارب ولا الشريك عدلاً لرهن الشريك الآخر ولا المكفول عنه عدلاً لرهن الكفيل لأن هؤلاء مسؤلون اصالةً وكفالةً عن المرهون فلا تكون يدهم يد أمانة عليه ويكون احد الشركاء عدلاً لمال الشريك المرهون بمقابل غير مال الشركة وكذا الراهن يكون عدلاً للرهن اذا استلمه من المرتهن بعد ان سلمه اياه .

« الباب الأول »

(في بيان المسائل المتعلقة بعقد الرهن وينقسم الى ثلاثة فصول)

الفصل الاول

(في المسائل المتعلقة بركن الرهن)

مادة ٧٠٦ [ينعقد الرهن بأيجاب وقبول من الراهن والمرتهن] . ولا ينعقد بأيجاب الراهن فقط كالكفالة لأن الرهن وان شرع لتوثيق دين المرتهن الا انه مضمون اذا تلف في يده وهو من وجه نافع ومن وجه مضر من وجه تبرع ومن وجه معاوضة فيشترط لانعقاده قبول المرتهن خلافاً للكفالة فهي تبرع محض بحق المكفول له فتنعقد بأيجاب الكفيل فقط .

[لكن ما لم يوجد القبض لا يتم ولا يلزم] . لأن الراهن لا يستفيد من المرتهن بمقابلة الرهن شيئًا فهو عقد تبرع لا يتم الا بالقبض ولأن الرهن بمثابة استيفاء الدين حكمًا والاستيفاء لا يكون الا بالقبض ولأن القصد من الرهن أجبار الراهن على اداء دينه والأجبار لا يكون الا بوضع يد المرتهن على المرهون . واذا قبض الرهن يكون لازمًا بحق الراهن وغير لازم بحق المرتهن وللمرتهن فسخه في كل وقت شاء وأراد سواء كان القبض حقيقيًا كالتسليم او حكميًا

كالتخليه والاذن بالتسلم ولا تصح دعوى المرتهن بالرهن الا اذا ادعى الرهن والتسليم والاتكون دعواه غير صحيحة . وكذلك دعوى الراهن بالرهن بدون التسليم لا تسمع . ويجب ان يكون التسليم فعلاً فلا يكفي تسليم سند الملك وحجته . واذا كان المرهون قبل القبض في يد المرتهن واذن له الراهن بقبضه مرهوناً فأذا كان القبض الأول اقوى من الرهن كالغصب صح الرهن بدون تسليم جديد واذا كان قبض الرهن اقوى كما اذا كان المرهون مأجوراً او مودوعاً في يد المستأجر والوديع ورهن عندهما فلا بد من اخذه منهما وتسليمه لهما بعقد الرهن لأن قبض الرهن اقوى من قبض المأجور والمودوع والضعيف لا يحمل القوي واذا بقي المرهون في يد المستأجر على هذا الوجه وتلف لا يضمن المستأجر شيئاً منه لأنه أمين .

[فللراهن ان يرجع عن الرهن قبل التسليم]

وكذلك البيع بالوفاء فأنه لا يتم الا بالتسليم ولا تسمع دعوى المشتري بطلب تسليمه جبراً من البائع ولا يكون المشتري بالبيع بالوفاء احق من سائر الغرماء اذا توفي البائع قبل القبض ولا يقال بأن بيع الوفاء بحكم البيع يتم بدون القبض ويجبر البائع على تسليمه واذا مات البائع يكون المشتري احق من الغرماء وحيث كان الرهن لا يتم الا بالتسليم فيجب تسليمه حقيقة او حكماً (بالتخلية والأذن بالقبض) وان يكون فارغاً من الشواغل مفرزاً وغير شائع ولو شيوعاً طارئاً عند الأمامين لان القصد من الرهن تمام التسليم ووضع اليد وهذا لا يكون بالمشاع وان يكون محوزاً فلا ترهن أثمار الأشجار وهي عليها .

وجميع هذه الأحكام تنافي قانوني الرهن لأنهما أجازا رهن الحصة الشائعة وبقاء المرهون في يد الراهن وانتفاع المرتهن بالمرهون وتلفه من مال الراهن لا من مال المرتهن وكون الراهن احق من الغرماء بمجرد معاملة التسجيل في الدوائر العقارية الى آخر مابحثنا مفصلاً في آخر كتاب البيوع .

مادة ٧٠٧ [أيجاب الرهن وقبوله هو قول الراهن رهنتك هذا الشيء في مقابلة ديني او لفظ آخر في هذا المال وقول المرتهن قبلت او رضيت او لفظ آخر يدل على الرضى ولا يشترط أيراد لفظ الرهن مثلاً لو اشترى احد شيئاً واعطى للبائع مالاً وقال له ابق هذا المال عندك الى ان اعطيك ثمن البيع يكون قد رهن ذلك المال]

عند الطرفين اما الأمام زفر والأمام ابو يوسف والأئمة الثلاثة فقد قالوا بأن هذا القول هو وديعة لا رهن ٠

ويجوز رهن المبيع بعد القبض بمقابل الثمن ولا يجوز رهنه قبل قبضه لأن رهن المبيع قبل القبض يجعله مضموناً على البائع بضمان المبيع قبل التسليم وبضمان الرهن والشيء لا يكون مضموناً بضمانين ٠ ولذلك اذا اشترى رجل ما يحتمل فساده بمرور الأيام كالجبن والبقل وتركه مرهوناً بمقابل الثمن وذهب ولم يعد فللبائع بيع هذا المال من غير المشتري ٠

وينعقد الرهن ايضاً بالمكاتبة والوكالة والرسالة وأشارة الأخرس والتعاطي ٠

***

الفصل الثاني

(في بيان شروط انعقاد الرهن)

الرهن ينقسم الى رهن صحيح ورهن باطل فأذا كان الرهن حاوياً لشرائط الانعقاد والصحة يكون صحيحاً واذا نقص احد شروط الانعقاد فيه يكون باطلاً واذا فقد احد شروط الصحة يكون فاسداً ٠

فشرائط الانعقاد أما ان تتعلق بنفس عقد الرهن وهو ان يكون الرهن غير معلق بشرط وغير مضاف لزمان مستقبل لأن الرهن يشبه البيع ولا يتضمن معنى الأيفاء والاستيفاء فكما ان البيع لا يعلق بالشرط ولا يضاف الى المستقبل فالرهن لا يضاف الى مستقبل ولا يعلق بشرط ٠

واما ان تتعلق شرائط الانعقاد بالرهن او بالمرتهن او بالمرهون كما سيبين ذلك في المادتين ٧٠٨—٧١٠ من المجلة واما شرائط الصحة فاننا سنبحث عنها مفصلاً في آخر هذا الفصل ٠

مادة ٧٠٨ [يشترط ان يكون الراهن والمرتهن عاقلين ولا يشترط ان يكونا بالغين حتى جاز رهن الصبي المميز وارتهانه] اذا كان مأذوناً ٠ لأن الرهن ابتداء تبرع وانتهاء معاوضة وهو عقد دائر بين النفس والضرر فيكفي فيه عقل العاقدين وبما انه لا يوجب زوال ملك الراهن ابتداءً وهو نافع بحق المرتهن فلا يشترط فيه البلوغ ويكفي فيه التمييز والأذن لأن رهن الصبي المميز من توابع الأعمال التجارية ولا يجوز للصبي الغير المأذون ان

ان يبيع ويشتري ويعطى الرهن على ثمن المبيع واذا كان غير مأذون وباع ورهن يكون عمله موقوفاً على اجازة وليه او وصيه ٠

ويجوز للأب ان يرهن مال ابنه الصغير عند ابنه الآخر ويتولى طرفي العقد ويجوز له رهن ماله لولده الصغير واخذ مال ولده الصغير رهناً بمقابل ثمن المبيع الذي باعه من طفله وتولي طرفي العقد خلافاً للوصي فأنه ليس له تولي طرفي العقد وله رهن مال الصغار تأميناً لدين استدانه لنفقتهم وله الاستدانة لنفقة دواب الورثة ورهن مالهم بمقابل ذلك واذا كانوا غائبين ولو كباراً ليس له ذلك واذا كانوا حاضرين لا يصح رهن الوصي مال الصغار والكبار الحاضرين بمقابل الدين لأن رهنه بحق الكبار غير صحيح وبحق الصغار شائع ورهن المشاع لايجوز خلافاً لما ورد في قانون الرهون كما ذكرنا ٠ وليس له اعطاء احد دائني المتوفي رهناً وترك الدائنين الباقين لأن ذلك مضر بحقهم ٠ ولا يعتبر رهن المريض في مرض موته واذا رهن ماله وتوفي مديوناً فللدائن اخذ الرهن وتقسيمه بينهم وما زاد يبقى للمرتهن ٠

ويجوز للأب والجد والوصي رهن مال الصغار بمقابل ديونهم لأن الرهن تسليم المال ليد امين وهو كالوديعة وبحكمها بل افيد منها بحق الراهن لأن الوديعة تتلف من مال صاحبها والرهن يتلف من مال المرتهن والرهن اخف من التمليك من كل الوجوه لأن الملكية في التمليك تسقط في الحال اما في الرهن فباقية لصاحبها واذا بلغ الصغير ليس له استرداد المرهون بدون اداء الدين وله ان يأمر الراهن بأداء الدين واستخلاص ماله وله اجباره على ذلك بمعرفة الحاكم واذا هلك الرهن في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفياً لدينه وان كانت قيمة الرهن اكثر فالفضل امانة في يده وان كانت اقل سقط من الدين بقدرها ورجع المرتهن بالفضل وذلك مخالف لقانون الرهن ٠

ولا يكون الصغير متبرعاً اذا دفع دين ابيه وفك الرهن اذا توفي ابوه قبل فك الرهن ويرجع بما دفعه على تركة ابيه ويكون من قبيل معير الرهن ٠ واذا توفي الأب وانحصر ارثه بأبنه الكبير البالغ فله رهن المال الموروث اذا كان مورثه مديوناً الى احد او الى غير المرتهن واذا كان المورث مديوناً فللدائن ابطال هذا الرهن وبيع المرهون واستيفاء اموالهم والدين المانع لصحة الرهن هو دين التركة حين الرهن اما الدين اللاحق بالتركة

بعد الرهن فليس بمانع للرهن اصلاً مثلاً لو باع المتوفي حال حياته مالاً ثم توفي ورهن ابنه متروكاته فرجع المشتري ورد المبيع بخيار العيب واستحق ثمنه فهذا الاستحقاق لا يمنع صحة الرهن اما لو ضبط المبيع بالاستحقاق او ظهر انه غير متقوم (راجع المادة الرابعة والستين من قانون اصول المحاكمات الحقوقية المحررة في آخر كتاب البيوع بحق المال المتقوم وغير المتقوم) ورد للورثة او كان المتوفي حفر بئراً في الطريق العام وسقط فيه رجل ووجبت ديته عليه بعد وفاته فيعتبر رهن الوارث واقعاً صحيحاً و يضمن الوارث قيمة المرهون ٠

مادة ٧٠٩ [يشترط ان يكون المرهون صالحاً للبيع فيلزم ان يكون موجوداً ومالاً متقوماً ومقدور التسليم في وقت الرهن]

لأن الشيء الذي لا يحتوى على هذه الاوصاف لا يكون محلاً لعقد الرهن و كذلك الدين فأنه لا يرهن بمقابل دين آخر لأن الدين لا يكون مالاً الا بعد القبض ولذا فقد جوزت المجلة الاحوال الواردة في المواد ٧٤٢ و٧٤٧ و٧٥٩ ٠

وقد اشترطت المجلة في هذه المادة بأن يكون المرهون صالحاً للبيع بصورة مطلقة اما عكس ذلك فقد لا يكون صحيحاً اي ان كان صالحاً للبيع لا يجوز ان يكون مرهوناً فلا يجوز رهن المشغول والمشاع مع ان بيعهما جائز ٠

وفي الهندية قال الراهن للمرتهن رهنت عندك هذين الثوبين خذ ما تختاره منهما فتلف الثوبان في يد المرتهن فيكونان امانة عنده ولا يضمن شيئاً من قيمتهما لأن الرهن مجهول ٠

وفي الهندية لا تجوز الشهادة على رهن المجهول وتصح على اقرار المرتهن بوجود الرهن المجهول لديه ويجبر على بيان الرهن ٠ وفى فتاوى ابي السعود افندي لا يجوز رهن المجهول فاذا قال الراهن الى المرتهن رهنت عندك هاتين الغنمتين بمقابل ثلاثين ليرة احداهما بمقابل عشرين ليرة والثانية بمقابل عشر ليرات ولم يعين القيمة التي رهنت كل غنمة بمقابلها لا يصح الرهن ٠

مادة ٧١٠ [يشترط ان يكون مقابل الرهن مالاً مضموناً فيجوز اخذ الرهن لأجل مال مغصوب] والمسلم فيه ورأس مال السلم والثمن و بدل الصلح من دم العمد والدية والأرش و بدل الأيجار ٠

[ولا يصح اخذ الرهن لأجل ما هو امانة] او كفالة نفسية او شفعة او قصاص او عيب في المبيع او كفالة في الدرك او ثمن الحر او دين الميسر او رشوة او اجرة مغنية او نائحة او مبيع قبل القبض او وديعة او عارية او مضاربة او مال الشركة . لأن الامانات لا لاتضمن فأذا اعطى الرهن بمقابلها وتلف لا يمكن استيفاء شيء من الرهن بمقابلها .

اما المال المضمون فأذا كان عيناً فيجب ان يكون مضموناً بنفسه واذا كان ديناً يجب ان يكون صحيحاً ولازماً لأن رهن الأعيان المضمونة بغيرها باطل على قول بعض الفقهاء وفاسدة على قول بعضهم وهو القول المفتى به .

شرائط صحة الرهن

١ : يجب لصحة الرهن ان يكون المرهون معلوماً عند الطرفين (خلافاً لأبي يوسف حيث قال بأن الجهالة تجعل الرهن باطلاً لأن معلومية الرهن عنده من شروط الانعقاد لا من شروط الصحة)

٢ : يجب ان لا يكون المرهون مجهولاً جهالةً تؤدي الى النزاع بحق الضمان كرهن دابتين بمقابل ثلاثين ليرة احداهما في مقابل عشر ليرات والثانية في مقابل عشرين اذا لم يعين الراهن ايهما بمقابل العشرة وايهما في مقابل العشرين .

٣ : عدم توقيت الرهن بوقت لأن حكم الرهن بقاء المرهون في يد المرتهن لحين استيفاء الحق والتوقيت مناف لهذا الحبس .

٤ : يجب ان يكون الرهن مفرغاً وغير مشغول بمال الراهن خلافاً لقانوني الرهون لأنهما اجازا رهن المشغول والتزما جانب بقاء الرهن في يد الراهن .

ويصح الرهن ولو كان مشغولاً بمال الآخر لذلك يصح رهن الأرض المشغولة بأمتعة المستأجر لأمكان رفع الأمتعة منها . وكذا يجوز رهن الارض المشغولة بالزرع ويكون الزرع مرهوناً مع الأرض لأن الزرع متصل بالارض .

٥ : ان يكون المرهون حين القبض غير مشاع ولو شيوعاً طارئاً عند الطرفين اما الامام ابو يوسف فقد قال بجواز الشيوع الطاري لأن البقاء اسهل من الابتداء ولا يجوز رهن المال المشترك حتى عند الشريك لأنه اذا اخذ الرهن على هذه الصورة يكون

قد حبسه يوماً بالنسبة الى حصته ويوماً بالنسبة الى حصة الراهن وهذا مناف لحبس الرهن ولا يفسد الرهن الثابت شيوعه بالضرورة كمن اعطى ثوبين الى دائنه وقال له خذ احد هذين الثوبين رهناً والآخر بضاعة ولم يبين له ايهما الرهن او ايهما البضاعة يبقى الرهن بنصف الثوبين مشاعاً ٠

والوسيلة لرهن المشاع هي ان يبيع طالب الرهن الحصة التي يريد رهنها الى المرهون بيعاً بخيار الشرط ويقبض الدين ثمناً لها ثم يفسخ المشتري البيع ويحبسها لاسترداد الثمن فيبقى المبيع والحالة هذه في يده بمنزله الرهن في انه اذا تلفت هذه الحصة في يد المشتري وكانت قيمتها اكثر من الثمن يضمن المشتري قيمتها لا مقدار الدين وبهذا يفترق هذا البيع عن الرهن ٠

٥ : يجب ان لا يكون الرهن حين القبض تابعاً اي شاغلاً متصلاً كرهن اثمار الاشجار والعمار والبناء بدون الأرض لعدم امكان التسليم ويجوز ان يكون الرهن شاغلاً منفصلاً كرهن امتعة الدار والدكان ٠

حكم الرهن الباطل والرهن الفاسد

الرهن الباطل لا يفيد حكماً مطلقاً فالمرتهن مجبور على تسليمه للراهن عند الطلب واذا تمنع من تسليمه يكون غاصباً واذا تلف في يده بعد امتناعه من التسليم يضمن قيمته تماماً واذا توفي الراهن مديوناً لا يكون المرتهن احق من الغرماء ويكون الرهن في يده امانة اذا لم يطلب تسليمه منه ولم يمتنع من التسليم ٠

اما الرهن الفاسد فأذا سلم فيه الرهن الى المرتهن قبل ترتب الدين في ذمة الراهن يكون حكمه حكم الرهن الصحيح لأن المرتهن لم يسلم الدين الا من اجل الرهن واذا سلم بعد ترتب الدين في ذمة الراهن فيكون تارة في حكم الرهن الصحيح وتارة في حكم الرهن الفاسد فأذا فسخ الراهن الرهن لفساده لا يحق للمرتهن حبس الرهن لقبض دينه لأن المرتهن سلم الدين الى المديون بدون ان يأخذ منه رهناً والرهن لم يكن الا للتوثيق فلا يكون في حكم الرهن الصحيح من كل الوجوه ٠

الدين الموعود

اما اعطاء الرهن بمقابل الدين الموعود فصحيح لأن من شيم اصحاب المروؤة وعاداتهم ان لا يرجعوا بأقوالهم فيدفعوا ما وعدوا بدفعه من الدين ولا يصح اعطاء الرهن بمقابل الكفالة بالدرك لأن الكفالة بالدرك هي كفالة عن ثمن المبيع اذا ضبط بالاستحقاق و كفالة نفس البائع فالرهن على كفالة نفس البائع غير صحيحة لعدم امكان قطع شيء من قيمة الرهن اذا لم يقم الكفيل بكفالته .

***

الفصل الثالث

(في زوائد الرهن المتصلة وفي تبديل الرهن وزيادته بعد عقد الرهن)

مادة ٧١١ [كما ان المشتملات الداخلة في البيع بلا ذكر تدخل في الرهن ايضاً كذلك لو رهنت عرصة تدخل في الرهن اشجارها واثمارها وسائر مغروساتها ومزروعاتها وان لم تذكر صراحة]

اي ان كل ما يدخل في البيع بدون ذكر لكونه من مشتملات المبيع او من اجزائه او لا يقبل الانفكاك عنه او من توابعه المتصلة المستقرة او كان مما يباع تابعاً متصلاً عادةً يدخل في الرهن بدون ذكر فتدخل الابنية والغراس والزرع القائم على الأراضي المرهونة بالرهن بدون ذكر ويدخل في الرهن جميع الحقوق والمرافق كحق الشرب والطريق والمسيل خلافاً للبيع .

لأن القصد من الرهن هو القبض الكامل فأذا بقيت هذه الحقوق خارجة عن الرهن يكون القبض ناقصاً و مشغولاً او مشاعاً وهذا لا يجوز اما اذا اشترط الطرفان عدم دخول الأبنية والأشجار او التوابع في الرهن فيكون الرهن فاسداً و يعتبر فيه التقييد .

مادة ٧١٢ [يجوز تبدل الرهن برهن آخر]

لأن الرهن من العقود القابلة للفسخ والتبديل عبارة عن فسخ الرهن الأول وتجديده .

[مثلاً لو رهن احد ساعة في مقابلة كذا دراهم دينه ثم بعد ذلك لو اتي بسيف

وقال خذ هذا بدل الساعة ورد المرتهن الساعة واخذ السيف يكون السيف مرهوناً في مقابلة ذلك المبلغ]

اي لا يكون السيف مرهوناً ألا بعد ان ترد الساعة والا يكون امانةً ولا تخرج الساعة من الرهن الا بعد ردها وتسليمها فلا تخرج من الرهن بمجرد تسليم السيف الى المرتهن ولذا تبقى مضمونة بالرهن لحين تسليمها ولا يكون السيف مضموناً الا بعد تسليم الساعة ٠ وهذا التبديل هو نوع من اقالة الرهن بحق الرهن الأول فيجب فيه الأيجاب والقبول ٠

مادة ٧١٣ [يجوز ان يزيد الراهن في الرهون بعد العقد يعني يصح علاوة مالٍ بأن يكون ايضاً رهناً على شيء كان قد رهن حال كون العقد باقياً وهذا الزائد يلتحق بأصل العقد يعني كأن العقد كان قد ورد على هذين المالين ومجموع هذين المالين يكون مرهوناً بالدين القائم حين الزيادة]

وتجوز الزيادة من الكفيل او من شخص آخر ومتى وقعت الزيادة وسلمت انقسم الدين على المرهون الأول وعلى الزيادة بالنسبة لقيمتهايوم تسليمها واذا تلف بعد ذلك أحدهمايسقط من الدين ما يعادل قيمته بالنسبة المذكورة ولا يخرج الرهن الاول من كونه مرهوناً من اجل جميع الدين ٠ فأذا دفع المديون جانباً من دينه ثم وضع رهناً علاوةً على الرهن الأول ثم تلف الرهن الأول يجبر الدائن على اعادة ما قبضه لأن الرهن الأول لازال معتبراً بحق الدين المقبوض والباقي ٠

مادة ٧١٤ [اذا رهن مال في مقابلة دين تصح زيادة الدين في مقابلة ذلك الرهن أيضاً مثلاً لو رهن احد في مقابلة الف قرش ساعة ثمنها الفان ثم اخذايضاً في مقابلة ذلك الرهن من الدائن خمسمائة يكون قد رهن الساعة في مقابلة الف وخمسمائة] عند الأمام ابي يوسف لأنه رأى ان الشيوع الطاريء لا يفسد الرهن اما الطرفان فقد قالا بعدم جواز الرهن على ما جاء في هذه المادة لأن الشيوع يفسد الرهن عندهما سوآء كان اصلياً او طارئاً ولأن الشيوع الوارد في هذه المادة هو بحق المرهون خلافاً

للشيوع الوارد في المادة ٧١٣ فأنه بحق الدين وشيوع الدين جائز خلافاً للشيوع في الرهن ولذا فقد ارتأيا كون المبلغ الزائد لا يكون ذا حصةٍ من الرهن فأذا دفع المديون دينه الأول يسترد الرهن وليس للمرتهن حبسه في مقابل الدين الثاني أما اذا لم يعط الدين الزائد في مقابلة ذلك الرهن فيكون ديناً جديداً لا علاقة له بالرهن ويجوز ذلك عندهم بالأتفاق ·

وفي الهندية تجوز الزيادة في الرهن من جنس الدين ومن غير جنسه فيمكن ان يكون الدين الأول قرضاً والمزاد ثمن مبيع ·

يستثنى من كلمة المال الواردة في هذه المادة المسقفات والمستغلات الوقفية والأراضي الأميرية حيث لا تباع بالوفاء الا بأذن المتولي وبأذن مأمور الأراضي ولا يدخل الرهن الثاني او الدين الثاني في حكم هذه المواد الا اذا كان بأذن المتولي او بأذن مأمور الأراضي ·

اما الزيادة الضمنية فهي اما ان تكون متصلة متولدة كالكبر والسمن وهي بحكم الرهن الأصلي او متصلة غير متولدة كالبناء والشجر الذي انشيء وغرس بعد الرهن بأذن المرتهن او بدون اذنه فاذا بيعت بعد ذلك العرصة من اجل الدين يؤمر صاحب البناء والشجر بقلع بنائه وشجره ·

واما ان تكون زيادة منفصلة غير متولدة كأجرة الدابة المرهونة وبدل المنفعة وهذا لا يدخل في الرهن ولم نر بحثاً في قانوني الرهن عن الزيادات المنفصلة الغير المتولدة فلا بد وان تكون الى المالك اذا لم يشترط الراهن والمرتهن توزيعها بينهما او انفراد احدهما بها دون الآخر ·

٧١٥ وزيادة منفصلة متولدة وهي [الزائد الذي يتولد من المرهون يكون مرهوناً مع الأصل] · لأن التابع للشيء بالوجود يتبعه في الحكم ويحفظ المرتهن الزيادة كالأصل واذا استهلكها يضمن قيمتها وتكون القيمة رهناً في يده واذا كان المرهون كرماً فللمرتهن جمع حاصلاته واذا خشي هلاكها فله بيعها بأذن الحاكم ويبقى ثمنها رهناً عنده واذا تلفت الزيادة لا يسقط شيء من الدين في مقابلها لأنها تابع لا تفرد في الحكم واذا تلف اصل الرهن وبقيت الزيادة فيقسم الدين على الرهن بقيمة يوم قبضه وعلى الزيادة بقيمتها يوم انفكاكها من الأصل ويبقى مايصيب الزيادة لأنها تخرج من الوظيفة بهلاك الأصل واذا تلف الرهن وتلفت بعده الزيادة فوراً سقط الدين في مقابل الرهن لا في مقابل الزيادة لأن الزيادة لا تكون ذات قيمة الا بعد الانفكاك وهلاك الأصل كما قلنا · وهذه الأحكام منافية لقانوني الرهن « راجع آخر كتاب البيوع » ·

« الباب الثاني »

(في بيان مسائل تتعلق بالرهن والمرتهن)

مادة ٧١٦ [المرتهن له ان يفسخ الرهن وحده] . لأن الرهن عقد لازم بحق المرتهن وحبس الرهن وتسليمه من حقه وحده لذلك لم تعط المجلة المرتهن خيار الشرط . وبما ان الفسخ لا يكون الا بالتسليم فأذا فسخ المرتهن الرهن فعليه تسليم المرهون للراهن على وجه الفسخ لا على وجه العارية واذا تلف المرهون وهو في يده ولو بعد الفسخ يسقط ما يصيبه من الدين الا اذا سلمه للراهن وامتنع من استلامه وتلف لا يسقط شيء من الدين في مقابلته ولا يقال بعدم انفساخ الرهن لمجرد بقاء الدين لأن العلة اذا كانت ذات وصفين تنعدم بانعدام احدهما .

ويجوز فسخ الرهن بحق بعض المرهون واذا فسخ بحق البعض وسلم الى الراهن وتلف الباقي في يد المرتهن يسقط ما يقابله فقط من الدين و يبقى ما يقابل الرهن المفسوخ من الدين باقياً .

مادة ٧١٧ [ليس للراهن فسخ عقد الرهن بدون رضاء المرتهن] . بعد القبض لأنه في حكم التصرف في حق الغير ولأن الرهن لازم بحق الراهن بعد التسليم فلا يجوز للراهن أبطال حق المرتهن بدون رضائه الا أذا كان الراهن مخيراً بخيار الشرط فله الخيار في المدة المتفق عليها واذا تلف المرهون اثناء مدة خيار الرهن وهو في يد المرتهن ان شاء ضمن المرتهن قيمة المرهون وان شاء ضمنه ما يعادل قيمته من الدين .

مادة ٧١٨ [للراهن والمرتهن ان يفسخا الرهن باتفاقهما لكن للمرتهن حبس الرهن وامساكه الى ان يستوفي ماله في ذمة الراهن بعد الفسخ] . لأن حكم الرهن الصحيح لا يسقط بمجرد الفسخ و يبقى الرهن باقياً ما دام الدين في يد الراهن فلا يقال بأن الرهن ينتقض بدون دفع الدين ولا يقال بأن حق الرقبة اقوى من حق الرهن وانه يجب سقوط الرهن بمجرد الأقالة لأن حق الرهن اذا اجتمع مع القبض يكون ارجح من حق الرقبة واذا تلف المرهون بعد الفسخ وقبل التسليم يسقط ما يعادل قيمته من الدين . وهذه أحكام مخالفة لقانوني الرهون .

ويسقط حق الأمساك اربعة أسباب وهي : ١ : اذا فسخ المرتهن الرهن وسلم المرهون الى على سبيل الفسخ ٢ : اذا ادى الراهن الدين ٣ : اذا أبرأ المرتهن ذمة الراهن ٤ : اذا وهب المرتهن الدين للراهن يسقط حق حبس المرهون ولا يبقى للمرتهن حق امساكه .

ويسقط ضمناً بخمسة أسباب وهي : ١ : اذا آجر المرتهن المرهون بامر الراهن وسلمه الى المستأجر فأنه ينفسخ الرهن والأجرة للراهن والمرتهن يكون وكيلاً بالأيجار اما اذا آجر ولم يسلم فلا ينفسخ الرهن ٢و٣ : اذا رهن الراهن الرهن بأذن المرتهن او رهنه المرتهن بأذن الراهن ٤ : اذا آجر الراهن المرهون بأذن المرتهن وسلمه للمستأجر ٥ : اذا باع الراهن الرهن للمرتهن ينفسخ الرهن ضمناً واذا أقيل هذا البيع لا يعود الرهن .

مادة ٧١٩ [يجوز ان يعطي المكفول عنه رهناً لكفيله] . بالكفالة المالية المنجزة بالأمر لأن الكفالة سبب مطالبة الكفيل والمكفول عنه ووجود سبب الدين يكفي لصحة الرهن . ولا يعطى الرهن في مقابل الكفالة المعلقة لان الكفيل لا يطالب الا اذا تحقق الشرط . واذا أدى المكفول عنه دينه بعد الرهن فسخ الرهن واذا تلف الرهن في يد الكفيل يسقط حق مطالبة الكفيل من المكفول عنه بما كفله به ودفعه عنه .

مادة ٧٢٠ [يجوز ان يأخذ الدائنان من المديون رهناً واحداً سواء كانا شريكين في الدين او لا وهذا الرهن يكون مرهوناً في مقابلة مجموع الدينين] . سواء كان دين الدائنين ثابتاً في ذمة المديون بعقد واحدٍ او بعقود مختلفة ولو كانت ديونهما غير متحدة جنساً . ويكون الرهن مرهوناً في مقابل مجموع الدينين ولا يكون نصف الرهن بمقابل دين والنصف الآخر بمقابل دين آخر واذا دفع المديون احد الدينين يبقى الرهن مرهوناً من اجل الدين الآخر .

ولا يقال بأن الرهن يبقى مشاعاً لانه بقي بحق الدين الباقي بدون شيوع اما لو رهن الراهن نصف الرهن عند دائن والنصف الآخر عند دائن آخر فيفسد للشيوع . ويفسد الرهن فيما اذا اوجب الراهن الرهن وقبله احد المرتهنين ولم يقبله الآخر[1] .

واذا رهن الراهن رهنه عند اثنين يحفظانه سوية او مناوبةً ويكون كل واحد منهما عدلاً للآخر في نوبة رفيقه اذا كان غير قابل للقسمة والا اقتسماه وحفظ كل منهما ما يصيب دينه من الرهن

(١) رهن المشاع صحيح في قانوني الرهون

وليس لأحدهما تسليم الآخر حصته من الرهن واذا أعطاه وتلف يضمن قيمته واذا تلف الرهن في يد احد المرتهنين ودينهما اقل من قيمته يسقط دينهما ٠

مادة ٧٢١ [يجوز للدائن ان يأخذ رهناً واحداً في مقابلة دينه الذي على اثنين وهذا ايضاً يكون مرهوناً في مقابلة مجموع الدينين]

انما يشترط ان يعطى الرهن صفقة واحدة والا يكون فاسداً للشيوع واذا أعطى احدهما دينه يكون الرهن مرهوناً بمقابل الدين الآخر ٠

« الباب الثاني »

(في بيان المسائل التي تتعلق بالمرهون و ينقسم الى فصلين)

✲ الفصل الأول ✲

(في بيان مؤنة الرهن ومصاريفه)

مادة ٧٢٢ [على المرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه او بمن هو أمينه كعياله وشريكه وخادمه] ٠ لأن المرهون في يد المرتهن أمانة فيجب حفظه كالأمانة ٠

العيال هم الساكنون حقيقة او حكماً مع المرتهن كزوجته وابنه الكبير وابنته الكبيرة والشريك هو الشريك بشركة مفاوضة او شركة عنان لأنه أمين الشريك الآخر ٠ اما الخادم فهو الأجير الخاص لا الأجير المشترك ٠ ويجب ان يكون كل من العيال والشريك والخادم أمناء لا خونة ٠ واذا سلم المرتهن الرهن لأمينه وتلف بدون تعدٍ لا يضمن قيمته وليس للمرتهن ايضاً ان يستعمل الرهن واذا استعمله وتلف يضمن قيمته واذا استعمله وعاد الى الوفاق تعود له يد الأمانة خلافاً للمستأجر ٠

مادة ٧٢٣ [المصاريف التي تلزم لمحافظة الرهن كأجرة المحل والناطور على المرتهن] . ولو كانت قيمة المرهون اكثر من قيمة الدين لأن حبس الرهن من فائدة المرتهن وهو اولى بالغرم واذا اشترط الراهن والمرتهن ان تكون هذه المصاريف على الراهن لا يعتبر هذا الشرط . امامصاريف اعادة الرهن الى الراهن فهي على الراهن لأنه مالك للرقبة ولأنه استفاد بالرهن الوصول للدين لذلك يجب على المرتهن تخلية المرهون ورفع اليد عنه و يجب على الدائن استلامه .

وكذا مصاريف اعادة المرهون الفار ليد المرتهن ومصاريف مداواة المرهون من أمراضه ومصاريف ومؤنة رد الرهن كلها على المرتهن ألا اذا كانت قيمة الرهن اكثر من الدين فتقسم مؤنة رده على ما هو مضمون وما هو أمانة منه و يكون ما يصيب القدر المضمون على المرتهن وما يصيب القدر الأمانة على الراهن .

مادة ٧٢٤ [الرهن اذا كان حيواناً فعلفه وأجرة راعيه على الراهن وان كان عقاراً فتعميره وسقيه وتلقيحه وتطهير خرقه وسائر مصاريفه التي هي لأصلاح منافعه و بقائه عائدة الى الراهن ايضاً]

لأن الرهن ملك الراهن ومنافعه له فالمصاريف التي تعود لحفظه وتزيد منافعه هي على الراهن ولا تلزم هذه المصاريف المرتهن ولو شرطت عليه فأذا استقرض احد من آخر كيلة شعير ورهن دابته في مقابلها فأكلت الدابة الشعير لا يسقط الرهن و يكون الراهن استوفى القرض وكذلك المكوس كالويركو والعشر والخراج فهي على الراهن لأن ذلك من مؤنة الملك .

مادة ٧٢٥ [كل من الراهن والمرتهن اذا صرف على الرهن ماليس عليه بدون اذن الآخر يكون متبرعاً وليس له ان يطالب الآخر بما صرفه]

الا اذا صرف ذلك بأمر الحاكم واذا كان المرهون بئراً فحفره المرتهن وزادت مياهه لا يرجع على الراهن بشيء من مصرفه اما اذا اذن الراهن للمرتهن بالصرف فيكون اذنه توكيلاً يرجع عليه بما صرفه ولو لم يشترط بينهما الرجوع واذا تمنع الراهن من الصرف ومن الأذن للمرتهن بالصرف فللمرتهن مراجعة الحاكم واخذ الأمر منه بلزوم الصرف والرجوع على الراهن

ويصرف بعد ذلك ما يجب صرفه على الراهن سواء كان الراهن حاضراً او غائباً وللمرتهن حبس المرهون بمقابل ما صرفه عليه بأمر الحاكم والرجوع عند الأمامين اذا غاب الراهن وكانت مدينة المرتهن خالية من وجود الحاكم فللمرتهن ان يصرف ما يحتاجه المرهون ويرجع على الراهن بما صرفه بعد الاثبات لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير ·

واذا صرف المرتهن ما يجب صرفه على الراهن بأمر الحاكم وشرط الرجوع فله حبس الرهن في مقابل ما صرفه عند الطرفين خلافاً لأبي يوسف · وكذلك الأجنبي اذا زاد على ثمن المبيع والمستأجر اذا صرف ما صرفه واجب على المؤجر والكفيل بدون امر المديون والمستودع اذا صرف على الوديعة بدون امر الوديع والملتقط أذا صرف على اللقطة بدون الأمر والشريك اذا عمر الملك المشترك والدافع لدين غيره بدون امر جميعهم متبرعون ·

***

الفصل الثاني

(في الرهن المستعار)

مادة ٧٢٦ [يجوز ان يستعير احد مال آخر ويرهنه بأذنه ويقال لهذا الرهن المستعار] ·

والدليل على جوازه هو دليل مشروعية العارية كما سيأتي بيان ذلك فى كتاب الامانات وهو ما روي عنه عليه الصلاة والسلام انه استعار درعاً من صفوان ليرهنه وقال (المنحة مردودة والعارية مؤداة) ومن جملة الانتفاع بالعارية للرهن تطمين قلب الدائن على دينه بوضع المال الذي ابيح للراهن المستعير الانتفاع به بالرهن والاستعارة للرهن من جملة افرادها وقد ايد لنا الاجماع ان عمل الرسول ليس من الخصوصيات · اما استيفاء المرتهن دينه بهلاك الرهن الذي اوجب ضياع المال على صاحبه فليس بالمقصود الأصلي من عقد الرهن ·

وقد ذكر هذا الرهن في فصل مخصوص لأنفراده بأحكام خاصة وهو قريب من العارية ويفترق عنها في بعض الأحكام مثلاً اذا تمنع الراهن المستعير من دفع ما عليه من الدين وفك الرهن فدفع المعير الدين وفك الرهن يرجع على الراهن بما دفعه · وفي الهندية اذا تلف الرهن

المستعار في يد المرتهن ونقصت قيمته وسقط بمقابلها بعض الدين يرجع المعير على المستعير وإذا تلف الرهن في يد المرتهن بعد اداء الراهن دينه ورجع الراهن بما دفعه على المرتهن فيضمن الراهن الى المعير . ولا يقال بأن المستعير لا يضمن الى المعير شيئاً لأنه قبض المال بأذنه لأن المستعير يضمن لا لأجل الأعارة لأنه امن دينه بالرهن المستعار ولأن كل من دفع دينه بمال غيره يضمن .

اما مصاريف اعادة الرهن المستعار الى المعير فهي على المعير لا على المستعير.

ويكون الرهن المستعار في حكم العارية في بعض المسائل فأذا فك الراهن الرهن وارسله للمعير مع امينه وتلف لا يضمن واذا ارسله مع غير امينه يضمن . وكذا اذا دفع الراهن الدين وارسل أمينه ليأخذ المرهون من المرتهن فأستلمه وتلف في يده لا يضمن .

وكما ان الرهن المستعار ينعقد ابتداء برهن المال المعار لأجل الرهن فأنه ينعقد من فضولي ايضاً فأذا استعار المديون مالاً ورهنه ثم اطلع المعير على الرهن واجازه صار رهناً مستعاراً .

مادة ٧٢٧ [ان كان اذن صاحب المال مطلقاً فللمستعير ان يرهنه بأي وجه شاء]

لأن المطلق يجري على أطلاقه ولأن الأعارة مبنية على المسامحة فالجهالة فيها لا توجب النزاع واذ اختلف المعير والمستعير بالأطلاق والتقييد فالقول قول المعير لأنه هو صاحب المال وأعلم من غيره بكيفية صدور الأذن منه بأستعماله ولأن القول قوله فيما اذا انكر العارية في الأصل .

مادة ٧٢٨ [اذا كان اذن صاحب المال مقيداً بأن يرهنه بمقابلة كذا دراهم او في مقابلة مال جنسه كذا او عند فلان او في البلدة الفلانية فليس للمستعير ان يرهنه ألا على وفق قيده وشرطه]

والسبب في ذلك ظاهر لأن ايفاء بعض جنس الدراهم أسهل من ايفاء البعض الآخر على المعير أذا أراد دفع الدين واخذ ماله وتعيين الشخص المرتهن أيضاً نافع للمعير لأن الاشخاص تختلف بحفظ الأمانات والودائع وتعيين البلدة ايضاً مفيد الى المعير لأن استرداد المال في بعض البلاد يكون اقل مشقة عليه من استيفائه في بلدة اخري .

واذا عين المعير مبلغاً وخالفه المستعير ينظر فأذا خالفه في الاكثر لا يصح رهنه لأنه مناف لغرض المعير وللمعير فسخ الرهن . واذا خالفه في الأقل ينظر فأذا كان الدين مساوياً لقيمة الرهن او اكثر منه فالرهن صحيح لأنه وافق غرض المعير واذا كان اقل من قيمة الرهن لا يجوز . واذا خالف الراهن المستعير شروط المعير يصير غاصباً وللمعير بعد ذلك الخيار ان شاء اجاز الرهن واتم العقد وأن شاء اقام الدعوى على المرتهن بحضور الراهن واسترد ذمة المرهون بعد فسخ الرهن واذا تلف المرهون فللمعير الخيار ان شاء ضمن قيمته للمعير وان شاء ضمنها للمرتهن فأذا ضمنها المستعير يكون قد ملك المرهون ابتداء وتم الرهن واذا ضمنها للمرتهن يرجع المرتهن على الراهن بما ضمنه علاوةً على دينه وكما يجوز تقييد الرهن بالشروط الأربعة الواردة في هذه المادة كلها يجوز تقييده ببعضها و يعتبر التقييد كيفما كان بحق المستعير و يوجد فوق هذه القيود قيد آخر وهي وجوب مراعاة حق المعير في الأطلاق والتوقيت فالمستعير مطلقاً ليس له رهن المستعار مؤجلاً واذا رهن فللمعير اجباره على دفع دينه واسترداد المرهون .

رهن المغصوب : أذا غصب احد مالاً ورهنه عند آخر وتلف المال عند المرتهن وضمنه صاحبه للغاصب يكون الغاصب ملك هذا المال اعتباراً من تاريخ غصبه و يسقط من دينه مايعادل قيمة المرهون واذا غصب الراهن مالاً ورهنه ثم اشتراه فلا يكون مرهوناً بحكم الرهن السابق لأن البيع لا يملك المشتري المال بتاريخ سابق على تاريخ البيع واذا تلف المرهون لا يسقط شيئ من الدين واذا ادعى صاحب المرهون بأن ماله غصب منه ورهن وصادقه المرتهن على دعواه فلا يكلف لتسليم المرهون حفظاً لحق الراهن وكذا اذا اقر له الراهن بدعواه وانكرها المرتهن لا يكلف المرتهن بتسليم الرهن لأن الأقرار لا يسري الا على المقر الا اذا اقر المرتهن بالغصب وتلف الرهن في يده فأنه يضمن قيمته لصاحبه .



« الباب الرابع »

(في بيان احكام الرهن و ينقسم الى اربعة فصول)

﴿ الفصل الاول ﴾

(في بيان احكام الرهن العمومية)

مادة ٧٢٩ [حكم الرهن هو ان يكون للمرتهن حق حبسه الى حين فكه وان يكون أحق من سائر الغرماء باستيفاء الدين من الرهن اذا توفي الراهن] وان يسقط مقدار قيمته من الدين اذا تلف الرهن في يد المرتهن ‌. (١)

يفهم من هذه المادة ان للمرتهن حق الحبس فقط الى ان يستوفي دينه فلا يعتبر شرط تمليك المرهون من المرتهن عند انقضاء المدة وعدم دفع الدين ويكون الرهن فقط معتبراً اي ان هذا الشرط لا يفسد الرهن . واذا تعددت الديون والرهون بأن كانت الرهون متعددة لأشخاص مختلفة فتعتبر الديون والرهون على الأنفراد ولا يقال بأن جميع الرهون مرهونة بمقابل جميع الديون ولا تفك ولا تسلم مالم تدفع جميع الديون .

ولا يعتبر اقرار الراهن بحق ملكية الرهن وغصبه الى غيره وليس للراهن ان يأخذ الرهن من المرتهن وبيعه ودفع دينه من ثمنه وليس للراهن والمرتهن اغلاق الدين اي تمليك المرهون الى المرتهن بعقد الرهن فيما اذا لم يدفع الراهن دينه واذا فك الرهن يسقط من حق حبس المرتهن واذا تعين الأجل في الرهن يفسده لأن حبس المرهون لحين اداء الدين شرط اما فك الرهن فأنه يكون بأحدى الأمور الخمسة وهي : (١) اذا ابرأ المرتهن الراهن من دينه ولم يرد الراهن هذا الابراء (٢) هبة المرتهن اذا وهب المرتهن الدين الى الراهن وفك وقبل الراهن هذه الهبة (٣) اذا ادى الراهن او وكيله او نائبه او رسوله الدين (٤) اذا اوفي الدين من فضولي تبرعاً (٥) اذا احال المرتهن دائنه على الراهن حوالة مقيدة .

---

(١) حكم ضمان الرهن بالتلف منسوخ بقانون الرهون .

مادة ٧٣٠ [لا يكون الرهن مانعاً من مطالبة الدين وللمرتهن صلاحية مطالبته بعد قبض الرهن ايضاً]

لأن الرهن لا يسقط حق المطالبة اذا القصد من اخذ الرهن هو توثيق الدين فقط فأذا كان الدين وهو ضعيف يمكن لصاحبه مطالبته فلا يسقط حق الطلب بعد ان قوي الدين بالرهن ولذا فأن الراهن مجبور على دفع دينه حالاً ان كان معجلاً او عند حلول اجله ان كان مقسطاً او مؤجلاً وله بعد ذلك مطالبة المرتهن بتسليم المرهون لأن الرهن يشبه البيع والمرهون يقاس على المبيع فحق الراهن معين بالرهون وحق المرتهن ثابت في ذمة المديون الراهن ولذلك فهو غير معين ولأجل المساوات بين الحقين وجب اداء الدين اولاً وتسليم المرهون ثانياً · وعلاوة على ذلك فأن الرهن في يد المرتهن وثيقة لدينه فأذا كلف بتسليمه اولاً زال التوثيق ·
واذا مات الراهن بعد استلام الرهن وقبل اداء الدين سقط حق المرتهن الدائن من الرجحان وضاعت الفائدة من توثيق الدين واذا ادعى الدائن تسليم المرهون وادعى الراهن هلاكه في يد المرتهن وانكر المرتهن ذلك يكلف لأحضار المرهون لمجلس الحكم اذا كان احضاره لا يحتاج الى مؤنةٍ والا يحلف المرتهن بطلب الراهن بأن المرهون لم يتلف في يده فأذا حلف اليمين يكلف الراهن لدفع الدين واذا نكل فلا ·

واذا كان المرهون في يد العدل فلا يكلف المرتهن لأحضاره ولو كان لا يحتاج الى حمل ومؤنة ولا يحلف المرتهن الا على عدم علمه بتلف المرهون في يد العدل · واذا انكر العدل المرهون وادعى ملكيته لا يكلف الراهن لدفع الدين لأن انكار العدل بمثابة تلف المرهون الا اذا اثبت المرتهن ان المال الموجود في يد العدل هو رهن فيطالب بعد ذلك الراهن بدفع الدين ·

ويجبر الراهن على اداء الدين فيما اذا سلم المرهون ليد العدل والعدل سلمه الى امينه والأمين اقر بوجوده لديه او سلم المرهون ليد العدل والعدل غاب وصار محله مجهولاً · واذا أذن الراهن للمرتهن ببيع المرهون فباعه ولم يقبض ثمنه او سلم الرهن لعدل وامره الراهن ببيعه فباعه نسيئة او معجلاً ولم يقبض ثمنه يجبر الراهن على دفع الدين واذا بيع المرهون في هذه الاحوال ودفع ثمنه للمرتهن او العدل يقوم الثمن مقام المثمن و يكون مرهوناً ·

مادة ٧٣١ [اذا أوفي مقدار من الدين فلا يلزم رد مقدار من الرهن الذي هو في مقابلته وللمرتهن صلاحية حبس مجموع الرهن وامساكه الى ان يستوفي تمام الدين ولكن لو كان المرهون شيئين وكان تعين لكل منهما مقدار من الدين اذا أدى مقدار ما تعين لأحدهما فللراهن تخليص ذلك فقط]

لأن عقد الرهن وقع صفقةً واحدة فلا يجوز تفريقه كحبس المبيع في يد البائع قبل التسليم فيكون بمقابلة مجموع الثمن ولا يسلم المبيع ما لم يدفع مجموع الثمن لأن اجزاء الرهن لا تقسم على اجزاء الدين واذا سلم المرتهن جانباً من الرهن لا يسقط حق حبسه الباقي واذا تلف المرهون في يد المرتهن بعد ان قبض جانباً من دينه يجب عليه اعادة ما قبضه من الدين للراهن · أما اذا تعين لكل من المرهونين مقدار من الدين فيجب تسليم المرهون متى دفع ما يصيبه من الدين خلافاً للبيع لأن المادة « ٢٧٩ » من المجلة صرحت بأن البائع اذا باع اشياء متعددة صفقةً واحدة له ان يحبس جميع المبيع حتى يقبض الثمن جميعه سواء بين لكل منها ثمن على حدة ام لم يبين · لأن البيع من اسباب التملك والتمليك فأذا عين البائع ثمناً واحداً لكل من المبيعين يكون قد جمع المبيع الأعلى من الأدنى و باعهما معاً واذا امر بتسليم احدهما يكون تضرر في ملكه اما المرهون فهو ملك الراهن ولا يتصور ضرر المرتهن بهذا التسليم لأن الرهن شرع في الأصل للتوثيق لا للتمليك ·

ولا بد لصحة حكم هذه المادة من ان يكون المرهون اكثر من مال واحد لأن المال الواحد لا يصح رهن نصفه على مبلغ ورهن نصفه الآخر على مبلغ آخر لأن رهن المشاع لا يجوز · وفي الهندية اذا رهن الراهن رهنين في مقابل مبلغ وقال للمرتهن رهنت مالي هذا وهذا بمقابل الف قرش احدهما بمقابل ثلاثمائة قرش والثاني بمقابل سبعمائة قرش ولم يبين ما اصاب كلاً من المرهونين من الدين لا يصح الرهن ·

مادة ٧٣٢ [لصاحب الرهن المستعار ان يؤآخذ الراهن المستعير لتخليصه وتسليمه اياه واذا كان المستعير عاجزاً عن اداء الدين لفقرة فللمعير ان يؤدي ذلك الدين ويستخلص ماله من الراهن] ·

وللمعير ان يطالب المستعير بتسليم العارية في اي وقت شاء اذا كانت العارية غير موقتة واذا كانت موقتة والمستعار مرهوناً فليس للمعير مؤآخذة المستعير قبل انقضاء المدة المعينة واذا اراد المعير استرداد المرهون المستعار يدفع جميع الدين ولو كان الدين اكثر من قيمة المرهون وعلى المرتهن قبض دينه من المعير وتسليمه المرهون ولا يكون المعير متبرعاً ٠

واذا دفع المعير الدين يرجع على المستعير بمقدار ما يسقط من الدين اذا هلك المرهون في يد المرتهن لا بمقدار ما دفعه واذا كان الدين المدفوع اكثر من ذلك يكون المعير متبرعاً بالزيادة لأنه كان عليه ان يقيد المستعير بأن لا يرهن ماله الا بما يعادل قيمته من الدين ٠ وبما ان مصاريف الرد على الراهن فالمعير اذا دفع الدين واسترد المرهون يدفع المصاريف كلها ٠

وفي الهندية اذا غاب الراهن المستعير واراد المعير دفع الدين واستلام المرهون وانكر عليه المرتهن ملكية المرهون لا يكون المعير خصماً للمرتهن بدعواه وان اقر المرتهن بملكية الرهن يجبر على قبض الدين وتسليم المرهون واذا ادعى المعير تسليم المرهون بحضور الراهن وانكر الراهن ملكيته للمال المستعار واقر له المرتهن بها فلا يعتبر اقراره بحق الراهن ٠ وكذا في الهندية اذا اراد المعير فك الرهن فله مراجعة المرتهن ودفع الدين واستلام المرهون اذا اقر المرتهن بملكية الرهن حتى ولو كان الراهن غنياً اما الاجنبي فليس له اداء الدين وطلب اعادة المرهون الى الراهن لأن المعير يقصد بدفع الدين تخليص ملكه اما الأجنبي فلا ملك ولا دين عليه فلا يكون خصماً للمرتهن بدعواه اصلاً ٠

وفي رد المحتار اذا اراد المعير دفع الدين واسترداد المرهون يدفع تمام الدين لا جانباً منه ولو كانت قيمة المرهون اقل من الدين وقد اشارت هذه المادة بعبارة (يؤدي ذلك الدين) الى ما ورد في رد المحتار ٠

واذا رهن المستعير المال المستعار مع مال له في مقابلة دين واحد واراد المعير فك الرهن فعليه اداء مجموع الدين لا ما اصاب المال المعار من الدين ٠

وفي الهندية اذا استعار مالين ورهنهما بمقابل دين واحد ثم ادى نصف الدين وذكر عند الأداء ان ما دفعه بمقابل احد المعيرين لا يقبل تعيينه هذا ويعتبر ما دفعه بحق الرهنين ويبقيان مرهونين لحين دفع باقي الدين وادائه ٠

وفي الهندية اذا تلف الرهن في يد المستعير قبل تسليمه للمرتهن او بعد فك الرهن يكون

امانةً ولا ضمان عليه واذا استلم المستعير الرهن المستعار من صاحبه واستعمله قبل الرهن وتلف في يده يضمن قيمته واذا عاد الى الوفاق سقط الضمان لأنه في حكم الوديعة خلافاً للعارية المحضة فأن المستعير اذا خالف وعاد الى الوفاق وتلفت العارية في يده يضمن ٠

مادة ٧٣٣ [لا يبطل الرهن بوفاة الراهن والمرتهن] ٠

لأن الرهن في حياة الراهن والمرتهن يثبت للمرتهن حق الحبس وللراهن حق حساب مايقابل قيمة الرهن الهالك في يد المرتهن وكلا الحقين قائم بالعين المرهونة و باقٍ ببقائها وعليه لا تأثير لوفاة احدهما على حق الآخر ٠ ولأن القصد من الرهن تأمين الدين و بما ان الدين لا يسقط بوفاة الراهن والمرتهن او بوفاة احدهما فالرهن لا يسقط ايضاً ٠ و بما ان اداء الدين مرجح على الأرث فليس لورثة الراهن طلب تسليم المرهون ٠

مادة ٧٣٤ [اذا توفي الراهن فأن كان الورثة كباراً قاموا مقامه و يلزمهم أداء الدين من التركة وتخليص الرهن] ٠

ولا يكلفون بأداء الدين من مالهم اذا كان لا تركة للمديون او كانت تركته مستغرقة بالدين بل يباع الرهن بأذن الحاكم و تدفع ذمة الميت ٠

[وان كانوا صغاراً او كباراً الا أنهم غائبون عن البلد اي هم في محل بعيد عنها مدة السفر فالوصي يبيع الرهن بأذن المرتهن و يوفي الدين من ثمنه] ٠

لأن المرهون اذا كانت قيمته اقل من الدين لا يباع الا بأذن المرتهن لأن المرتهن لربما لا يريد بيع المرهون أملاً بتعالي قيمته مع مرور الايام واستيفاء جميع دينه ٠ واذا كانت قيمة المرهون مساوية للدين فيباع بدون اذن المرتهن و بدون رضائه وهذا محله فيما اذا كانت الورثة صغاراً او كباراً غائبين لأن للوصي تسوية امور الصغير والغائب وتسوية الأمور تكون ببيع المرهون لأنه اولى من اداء الدين بمال آخر واذا كان لا وارث للمتوفي يراجع المرتهن الحاكم و ببيع الرهون و يستوفى ثمنه منه ٠

مادة ٧٣٥ [ليس للمعير ان يأخذ ماله من المرتهن ما لم يؤد الدين الذي هو

في مقابلة الرهن المستعار سوآء كان الراهن المستعير حياً او كان قد مات قبل فك الرهن ٠

لأن حكم الرهن هو حبس المرهون في يد المرتهن الى ان يعطى له دينه فكما ان حكم الرهن لا يختل بوفاة الراهن لا يختل ايضاً بوفاة الراهن المستعير لأن حق المرتهن قد تعلق بالمرهون برضاء صاحبه وان كان لا يملكه فعليه ان يدفع الدين ويخلص الرهن ٠ واذا مات المعير ينتقل هذا الحكم لوارثه وليس للوارث مطالبة المرتهن بتسليم المرهون بدون اداء الدين ٠

الخلاصة لا تبطل رهنية الرهن المستعار بوفاة الراهن والمرتهن والمعير او بوفاة احدهم ٠

مادة ٧٣٦ [لو توفي الراهن المستعير حال كونه مفلساً مديوناً يبقى الرهن المستعار في يد المرتهن على حاله مرهونا ولكن لا يباع بدون رضاء المعير] ٠

ولا يجبر المعير على دفع الدين الى المرتهن لأن الأنسان لا يجبر على دفع دين غيره ولا يباع بدون رضاء المعير لأن الرهن المستعار ملك المعير والمعير قبل بأعارة ماله لأجل الرهن لا لبيعه لأن البيع لم يكن من مقتضيات الرهن ويفهم الحاكم المرتهن بأن يحبس الرهن الى ان يعطي له الدين وان ليس له بيعه ٠

[واذا اراد المعير بيع الرهن وايفاء الدين فأن كان ثمنه يفي الدين فيباع من دون نظر الى رضاء المرتهن] ٠

لأن المرتهن ليس له الا حبس المرهون لقبض الدين ومتى قبض الدين سقط حق حبسه ٠

[وان كان ثمنه لا يفي الدين فلا يباع من دون رضاء المرتهن] ٠

لأمكان تعالي قيمة المرهون واستيفاء جميع الدين منه ٠

مادة ٧٣٧ [لو توفي المعير ودينه أزيد من تركته يؤمر الراهن بتأدية دينه وتخليصه الرهن المستعار وان كان عاجزاً عن تأدية الدين بسبب فقره يبقى ذلك الرهن المستعار عند المرتهن مرهوناً على حاله ولكن لورثة المعير أداء الدين وتخليصه

اذا طلب غرماء المعير بيع الرهن فأن كان ثمنه يفي الدين يباع من دون نظرٍ الى رضاء المرتهن وان كان لا يفي فلا يباع بدون رضاه] .

وجه الفقرة الأولى ان الراهن قد حبس المرهون عند المرتهن بأذن المعير ورضائه وحيث كانت تركة المعير مستغرقة بالدين فعلى المستعير دفع الدين المحبوس به حق أولئك الغرماء .

ووجه الفقرة الثانية ان حق المرتهن تعلق بالرهن المعار برضاء مالكه قبل تعلق حقوق غرمائه فلا يزاحمونه فيه .

ووجه الفقرة الثالثة أن ورثة المعير يقومون مقامه في ملك العين المرهونة وتخليص الرهن المحتمل زيادة قيمته عن الدين وهذا هو عين جواز بيع الغرماء فيما اذا كانت قيمة الرهن تفي الدين لأن ما وراء ذلك من الزيادة حقهم .

مادة ٧٣٨ [اذا توفي المرتهن فالرهن يبقى مرهوناً عند ورثته] .

واذا كان وارث المتوفي غائباً او كان لا وارث له ينصب الحاكم وصياً لحفظ الرهن ورده بعد استيفاء الدين .

مادة ٧٣٩ [اذا رهن شخص رهناً عند رجلين على دين لهما بذمته فأدى لاحدهما ما له بذمته فليس له استرداد نصف الرهن وما لم يقضهما جميع مالهما بذمته ليس له تخليص الرهن منهما] .

ويبقى الرهن مرهوناً بيد الدائنين كما كان لأن الرهن وقع على مجموع الدين فلا يجوز تفريقه واذا استوفى احد الدائنين دينه ثم هلك المرهون يرجع الراهن على القابض بما يصيب حصته من المبلغ المقبوض بالنسبة لقيمة الرهن لأن المرهون اذا لم يصل ليد الراهن يبقى مرهوناً ولا يخلص احد منهما من الضمان ولأن احدهما عدل الآخر . واذا أتلف أحد الدائنين المرهون بعد ان قبض الدائن الآخر حصته يضمن مثل المرهون أن كان مثلياً او قيمته ان كان قيمياً بالنسبة ليوم الأتلاف واذا كانت قيمة المرهون يوم قبضه أكثر من قيمته يوم الأتلاف تعتبر تلك الزيادة قد تلفت بآفةٍ سماوية ويضمنها الدائنان بنسبة دينهما .

مادة ٧٤٠ [من اخذ من مديونين رهناً فله ان يمسكه الى ان يستوفي جميع ماله من الدين بذمتهما] ٠

وليس لأحد المديونين ان يسترد حصته من الرهن ولو دفع حصته من الدين ولو كان الرهن قابلاً للقسمة لأنه لو جاز ذلك لوجب تفريق الصفقة بحق المرتهن وهذا لا يجوز ٠ أما اذا أعطى كل من المديونين رهناً فله استرداده بعد اداء دينه واذا غاب أحد المديونين فللآخر اداء الدينين واسترداد الرهن ولا يكون متبرعاً بحصة المديون الآخر وله حبس الرهن الى ان يستوفي الدين من شريكه واذا هلك الرهن سقطت حصة شريكه من الدين اذا كان مقدار الدين اكثر من قيمة حصة شريكه بالمرهون فله اخذ الزائد عن قيمة الرهن ٠

مادة ٧٤١ [اذا أتلف الراهن الرهن أو عيبه يضمن وكذلك المرتهن أذا أتلفه أو عيبه يسقط من الدين مقدار قيمته] ٠

لأن المرهون محبوس عند المرتهن الى وفاء الدين وقد وضع بدل المضمون بالأتلاف مكانه عند من كان ذا حق بوضع اليد عليه لأن حق الراهن والمرتهن في الرهن محترم فكل من اتلفه يضمن للآخر ٠

واذا اتلف الراهن الرهن ينظر فاذا كان الدين مؤجلاً يضمن الراهن بدل الرهن ولو كان اكثر من الدين واذا قيل بأن المرهون ملك الراهن فلا يجوز تضمينه لأن الأنسان حر في التصرف في ماله نقول بأن حق المرتهن تعلق بالمرهون وصار الراهن اجنبياً بحق التضمين واذا ضمن الراهن على هذا الوجه وانقضى احد الدين وكان المثل المضمون او القيمة من جنس الدين يستوفي حقه مما هو في يده واذا زاد شيء رده للراهن واذا كان المثل او القيمة اقل من الدين يرجع على الراهن بما نقص واذا أتلف الراهن الرهن وكان الدين حالاً لا يضمن قيمة اومثل ما اتلفه وانما يكلف بدفع الدين حالاً ٠

وكذا الحكم بأتلاف بعض المرهون او تعييبه من الراهن حيث يضمن مقدار النقص الذي حصل بفعله في المرهون ويكون ذلك رهناً في يد المرتهن مع باقي الرهن واذا كان الدين حالاً وكان بدل الضمان المقبوض يفي الدين ومن جنسه يأخذ الدائن ويسلم المرهون للراهن والا يمسك باقي المرهون لأجل بقية دينه ٠

واذا اتلف المرتهن الرهن يسقط من الدين مقدار قيمته اذا كانا من جنس واحد والا يضمن و يبقى ما ضمنه في يده رهناً في مقابل الدين واذا كانت قيمة المرهون اكثر من قيمة الدين وأتلفه الراهن يضمن الزيادة ايضاً لأنها في يده امانة فيضمنها بالتعدي، وكذا اذا انكر المرتهن الرهن واثبته الراهن يضمن المرتهن قيمته ولو كانت زائدة عن الدين (بهجة) وكذا اذا اتلف المرتهن المرهون بعد ان تنازلت قيمته يضمن قيمته يوم اتلافه ضمان الغصب او قيمته يوم التسليم ضمان الرهن . واذا عيب المرتهن الرهن يسقط من الدين ما يصيب مقدار قيمته التعييب فأذا كان بدل الضمان مساوياً يكون الدين قد اوفي بتمامه واذا زاد منه شيء يعطى للمديون واذا نقص يرجع عليه .

واذا كان الضامن الراهن يؤخذ البدل منه و يعطى للمرتهن واذا كان الضامن المرتهن فلا يكون بدل الضمان مرهوناً الا اذا اخذ منه واعطي الى الراهن ثم سلم له من الراهن لوجوب تحقق القبض على وجه الرهن .

واذا خالف المرتهن وفعل ما يوجب الضمان ورجع الى الوفاق قبل ان تنقص قيمة المرهون تعود له يد الامانة ولا يكون ضامناً واذا اختلف الراهن والمرتهن في ذلك فالقول قول الراهن .

لاحقة

الرهن بحكم الامانة عند الأمام الشافعي فلا يضمن المرتهن شيئاً بتلفه في يده لأن الرهن عنده شرع للتوثيق والتضمين مناف للتوثيق الا اذا اتلف المرتهن الرهن او تمنع من تسليمه للراهن بعد قبض الدين وتلف فأنه يضمن . اما الأئمة الحنفية فقد قالوا بتضمين المرتهن واستدلوا على ذلك بالسنة والاجماع والدليل العقلي اذا ورد بالحديث (ان رجلاً ارتهن فرساً فمات الفرس بيد المرتهن فقال رسول الله صلعم ذهب حقك) اما الدليل العقلي فهو ان الرهن مقبوض من اجل الدين فأذا قبض الدين صار مضمونا ووقع التقاص بين الدائن والمديون وحيث كان قبض الدين مضموناً وجب بأن يكون الرهن المقبوض من اجل الدين ايضاً مضموناً كالمبيع المقبوض بطريق سوم الشراء فأنه مضمون كالمال المقبوض بعد البيع .

و ينقسم الضمان الى ثلاثة أنواع الأول ضمان الغصب وهو الضمان بالبدل والقيمة كما سيأتي

ذلك في كتاب الغصب والثاني ضمان المبيع وهو مضمون بالثمن والثالث ضمان الرهن وهومضمون بالأقل من قيمة الرهن والدين ٠

الرهن اما ان يعتبر فيه عينه فهي أمانة في يد المرتهن يتفرع عن ذلك :

١ — كل فعل يفعله المستودع في الوديعة ولايوجب تضمينه اذا فعله المرتهن بالرهن لا يضمن كحفظ الخاتم المرهون بالجيب ٠ وكل فعل يفعله المستودع في الوديعة و يوجب تضمينه اذا فعله المرتهن بالرهن يوجب تضمينه كاعارة الرهن ورهنه وايجاره ٠

٢ — نفقة المرهون على الراهن ونفقة الوديعة على الوديع ٠

٣ — اذا تلف المرهون يتلف باعتباره ملك الراهن واذا كان الرهن دابة فتلفت ووجب رميها في البحر فمصاريف الرمي على الراهن ٠

٤ — قبض الرهن لا يقوم مقام قبض الشراء لأنه أمانة وقبض الأمانة لا يقوم مقام قبض الشراء لان الأكثر لا يتبع الأقل ٠

٥ — اذا مات المرتهن مجهلاً أو انكر الرهن واثبته الراهن ولم يعلم ما فعل المرتهن به يجب تضمينه جميع قيمة الرهن واذا كان الدين اقل منها يسقط و يضمن المرتهن الزيادة ٠

واما ان يعتبر فيه مالية فهي مضمونة خلافاً للوديعة فأذا تلف الرهن في يد المرتهن يسقط ما يصيبه من الدين يتفرع عن ذلك :

١ — اذا كانت قيمة الرهن يوم القبض مساوية للدين وتلف الرهن في يد المرتهن يعتبر كون المرتهن استوفى حقه يوم القبض استيفاءً حكمياً و يسقط الدين وليس لأحدهم بعد ذلك مطالبة الآخر واذا تلف الرهن بعد ان ادى الراهن دينه او جانباً منه وكانت قيمته يوم القبض مساوية للدين يدفع المرتهن للراهن ما قبضه منه ٠

٢ — اذا دفع الدين من متبرع ثم هلك الرهن وجب على المرتهن اعادة المال المقبوض الى المتبرع لأن الرهن متى هلك سقط الدين وصار المتبرع دافعاً ما لا يجب دفعه فيحق له استرداد ما دفعه ٠

٣ — اذا أعطى المديون دائنه رهناً ثم حوله على آخر ثم تلف الرهن في يد المرتهن بطلت الحوالة (بزازية) ٠

٤ — اذا تلف بعض المرهون سقط ما يعادل قيمته من الدين ٠

٥— اذا كان المرهون قماشاً فأكله العث في يد المرتهن وتنازلت قيمته الى الربع يسقط ثلاثة أرباع الدين وكذا اذا كان المرهون داراً فخربت ولم يبق منها الا العرصة يقسم الدين على العرصة والبناء ويبقى من الدين ما يصيب قيمة العرصة بذمة الراهن ٠ واذا اخذ المرتهن رهناً من الأصيل ورهناً من الكفيل يعتبر الرهن الثاني زيادة على الرهن الأول فاذا تلف احدهما يسقط ما يصيبه من الدين ٠

وحيث كانت قيمة الرهن المعتبرة بالنسبة الى المرتهن هي قيمته يوم القبض وكذلك الزيادة تعتبر قيمتها بنسبة يوم قبضها فأذا سلم الراهن الرهن الى المرتهن وبعد ان استرده منه أعاده له تعتبر قيمته يوم قبضه في المرة الأولى فأذا كانت قيمته في المرة الأولى الف قرش وفي الثانية خمسمائة قرش وكان الدين الف قرش وهلك الرهن يسقط الدين كله ٠ واذا أتلف هذا الرهن اجنبي يضمن خمسمائة قرش الى المرتهن واذا ضمنه المرتهن هذه القيمة وقبضها منه سقط دينه كله ٠

وفي الهندية اذا رهن الراهن رهناً سالماً من العيب وظهر بعد ذلك انه معيب وتلف فأذا كانت قيمته معيباً يوم القبض مساوية لمجموع الدين يسقط الدين ٠

واذا تلف الرهن في يد المرتهن لا يسقط من الدين الا ما يصيب قيمة الرهن يوم قبضه واذا كانت قيمته ازيد من الدين لا يضمن المرتهن شيئاً منها لأنه امين ولأن الزيادة سلمت تبعاً للرهن والحاجة تقدر بقدرها الا اذا أتلف المرتهن الرهن فيضمن الزيادة للتعدي حتى ولو كان المرهون شاةً فذبحها المرتهن خوف هلاكها ٠

وفي الفيضية اذا اتلف المرتهن من الرهن مقداراً يساوي قيمة الدين يسقط الدين والرهن ويجب عليه تسليم الباقي من الرهن ٠ وفي رد المحتار اذا كان المرهون ثوباً فلبسه المرتهن ونقصت قيمته يعتبر الباقي رهناً فأذا لبسه مرة ثانية بدون اذن وتلف يسقط من الدين ما يعادل قيمة المرهون يوم لبسه في المرة الثانية ٠ واذا كان المرهون ارضاً ففاضت المياه عليها حتى صارت بحيرة او كان الرهن حيواناً ففر او كان مالاً فغصب من يد المرتهن يسقط ما يعادل قيمة الرهن يوم قبضه من الدين واذا عاد الحيوان المرهون او انسحبت المياه عن الأرض عاد الرهن والدين ٠

ويجوز الرهن في مقابل الأعيان المضمونة واذا تلف الرهن في يد المرتهن حال وجود العين في يد الراهن يستلم المرتهن العين المرهون بها ويضمن للراهن الأقل من قيمة العين المرهون بها

او الرهن الذي تلف لأن العين هي بمنزلة الدين فأذا وصلت ليد المرتهن وجب عليه دفع مايعادل قيمة الرهن من الدين ٠

ويجوز الرهن في مقابل رأس مال السلم اي اذا اخذ المسلم اليه من رب السلم رهناً لأجل رأس مال السلم وتلف المرهون في المجلس يكون المرتهن استوفى رأس مال السلم واذا لم يتلف وافترقا بطل السلم واعيد الرهن للراهن وكذا حكم الرهن المأخوذ في مقابل بدل الصرف ٠

واذا اشترطا الراهن والمرتهن ان لا يضمن المرتهن شيئاً اذا تلف الرهن في يده اوتعيب او تنازلت لا يعتبر هذا الشرط ويكون باطلاً والرهن صحيحاً ٠

ولا يسقط شيء من الدين اذا تناقصت قيمة الرهن في يد المرتهن بسبب تناقص الأسعار واذا تلف الرهن بعد ان نقصت قيمته يسقط من الدين ما يصيب قيمة الرهن يوم قبضه واذا اشترى المرتهن مالاً من الراهن بمقابل دينه او صالحه على مال ثم تلف الرهن في يد المرتهن دون ان يمتنع من تسليمه الى الراهن يضمن المرتهن قيمة المرهون يوم قبضه أما اذا أبرأ المرتهن الراهن من الدين أبرآء اسقاط او وهبه اياه ثم تلف الرهن دون ان يطلبه الراهن ودون ان يمتنع المرتهن من تسليمه لا يضمن المرتهن شيئاً و يكون أمانةً في يده واذا أبرأه ابرآء استيفاء فيضمن والفرق بين الأبرائين ظاهر لأن أبرآء الأسقاط يسقط اصل الدين وابرآء الاستيفاء لا يسقطه بل يجعل الاستيفاء متعذراً ٠

رهن المثليات : واذا رهنت المثليات في مقابل قيمي يعني اذا رهنت المثليات الذهبية مثلاً بمقابل الحيوان المغصوب وتلف الرهن يتلف بقيمته وتجري في حقه الأحكام السالفة الذكر ٠ اما اذا رهنت المثليات في مقابل مثلي من جنسها وتلف الرهن يسقط ما يعادله من الدين كيلاً ووزناً ولا تعتبر جودته وقيمته ٠

ثبوت تلف الرهن : يثبت تلف الرهن ببينة المرتهن سواء كان المرهون حيواناً او متاعاً او عقاراً ٠ واذا اختلف الراهن والمرتهن بقيمة الرهن التالف فالقول قول المرتهن والبينة بينة الراهن لأنه يثبت زيادة بالضمان ٠ ويتحد الرهن مع البيع بالوفاء في بعض الأحكام ويختلف عنه في بعضها فالأحكام التي يتحد فيها مع الرهن هي :

١ الرهن والمبيع بالوفاء اذا تلف في يد المرتهن والمشتري يسقط ما يقابلهم من الدين (مادة ٣٩٩ و ٤٠٠ و ٤٠١)

٢ كما ان البائع والمشتري ببيع الوفاء ليس لهما بيع المبيع او رهنه من آخر فالراهن والمرتهن ليس لهما بيع المرهون او رهنه من آخر (مادة ٧٥٦)

١ كما يصح اشتراط بعض منافع المبيع بالوفاء الى المشتري يصح اشتراط بعض منافع المرهون واباحتها الى المرتهن (٧٥٠)

٤ المشترى بالبيع بالوفاء والمرتهن احق من سائر الغرماء في المبيع والمرهون ٤٠٣ و٧٢٩

٥ الخصم في دعوي عين المرهون من خارج هو الراهن والمرتهن والخصم في دعوى عين المبيع بالوفاء من خارج هو البائع والمشتري ١٦٣٧

٦ اذا توفي البائع والمشتري في البيع بالوفاء او الراهن والمرتهن في الزهن فورثتهم يقومون مقامهم (مجلة مادة ٧٣٣)

٧ الشفعة لا تجري بالعقار المبيع بالوفاء ولا بالعقار المرهون ١٩٢١

٨ الشفعة بالعقار المباع بجانب العقار المباع بالوفاء او بجانب العقار المرهون الي البائع والراهن لا الى المشتري والمرتهن .

٩ مصاريف تعمير المبيع بالبيع بالوفآء والمرهون على البائع والراهن ٢٢٤

١٠ القبض شرط لتمام البيع بالوفاء وشرط لتمام الرهن ٧٠٦

اما الاحكام الذي يختلفان فيها فهي :

١ اذا آجر المشتري المبيع بالوفاء من البائع بعد التسليم فالأيجار صحيح والأجرة لازمة واذا آجر المرتهن الرهن الى الراهن فالأيجار باطل و يبقى الرهن مرهوناً .

١ اذا آجر المشتري ألمبيع بالأستغلال من البائع بعد التسليم فالأيجار صحيح والأجرة لازمة اما مقاولة ألاستغلال في الرهن وايجاره فغير جائزة

مادة ٧٤٢ [اذا اتلف الرهن شخص غير الراهن والمرتهن ضمن قيمته يوم تلافه وتكون تلك القيمة رهناً عند المرتهن] .

اذا كان الرهن مسلماً الى المرتهن واتلفه الراهن واذا كان المثل او القيمة من جنس الدين يجري بينهما التقاص واذا كان من غير جنسه تبقى مرهونة في يد المرتهن لأن الراهن وان كان صاحب الملك وله التصرف فيه كيفما شاء لأنه لما رهنه عند المرتهن رفع يده عنه وصار اتلافه

موجباً لضرر المرتهن و كذلك التعييب فأذا اعيب الراهن الرهن يضمن مثل ما عيبه من الرهن او قيمته وكذا المرتهن فأنه ليس له الا توثيق دينه بالرهن فليس له اتلافه واذا اتلفه يضمن مثله او قيمته .

***

﴿ الفصل الثاني ﴾

(في تصرف الراهن والمرتهن بالرهن)

قاعدة : لا ينفذ تصرف الراهن بالمرهون بدون اذن المرتهن تصرفاً يقبل الفسخ كالبيع والهبة والأجارة والاعارة والرهن لأن الراهن مالك للرقبة والمرتهن مالك لحق الحبس وهذا الحق مانع لتصرف الراهن تصرفاً مستقلاً واذا اجتمع المانع والمقتضي رجح المانع اما اذا دفع الراهن ما عليه من الدين عاد له التصرف بالمرهون باحدى هذه التصرفات ولو كان الرهن في يد المرتهن .

وكذا المرتهن ليس له ان يتصرف بالرهن بأحدى هذه التصرفات لأنه ليس له الا حبس الرهن .

١ اذا اعير المرهون للراهن او للمرتهن او لأجنبي يسقط الرهن من الضمان سوآء تلف في يد المستعير اوفي يد الأجنبي او في يد المرتهن حال استعماله اياه لأن الأعارة لا تفسخ الرهن وهي عقد غير لازم .

٢ اذا اودع المرهون عند الراهن او المرتهن او الأجنبي فأذا سلم المرهون للراهن ينتقض القبض ويسقط التضمين عن المرتهن وللمرتهن استرداده ولامعنى ولا فائدة من ايداع الرهن عند المرتهن لأنه في يده واذا اودع الى اجنبي لا يبطل الرهن و يكون الأجنبي عدلاً للعاقدين .

٣ اذا رهن المرهون عند الراهن او عند المرتهن او عند الأجنبي ينظر فأذا رهن عند الراهن فلا يعتبر هذا الرهن لأن الراهن مالك للرهن واذا رهن وسلم له انتفى الضمان عن المرتهن وله استرداده واذا رهن المرهون عند المرتهن فلا حكم للرهن الثاني ما دام الأول موجوداً اما الرهن عند الأجنبي فأنه يبطل الرهن الاول واذا رهن المرتهن الرهن

عند دائنه وسلمه اياه بأذن الراهن يكون الرهن الثاني رهناً مستعاراً و يبطل الرهن الاول .

٤ اذا وقع التصرف بالرهن بطريق الأجارة ينظر فأما ان يؤجر الى الراهن فتكون اجارته في حكم العارية او الأيداع ولا تبطل حكم ألرهن واذا اوجر الى المرتهن فلا تصح اجارته الا اذا تجدد القبض واذا تجدد القبض بطل الرهن واذا كان المستأجر اجنبياً ووقعت الأجارة من الراهن او المرتهن بأذن الآخر بطل الرهن والأجرة للراهن وحق قبضها للعاقد .

فالمؤجر أما ان يكون الراهن و يؤجر الرهن بدون اذن المرتهن فأجارته غير صحيحة ولو سلم المأجور واما ان يكون المرتهن و يؤجره بدون اذن الراهن فالأجرة له لكنها لا تكون حلالاً وللراهن اعادة المرهون لحالة الرهن . واما ان يكون اجنبياً فأذا آجر الرهن اجنبي واجازه الراهن والمرتهن جاز الأيجار و بطل الرهن والأجرة للراهن واذا اجازا الراهن او المرتهن فقط يعود حكم ذلك الى ما مر ذكره .

٥ واذا وقع التصرف في الرهن بالبيع : فالرهن يباع الى الراهن او الى المرتهن او الى الاجنبي واذا بيع الى الراهن فالبيع لا يفيد الحكم اصلاً لكنه اذا سلم يوجب نقض الضمان واذا بيع الى المرتهن او الى اجنبي يبطل الرهن .

٦ واذا وقع التصرف في الرهن بطريق الهبة : فحكمها حكم البيع .

مادة ٧٤٣ [رهن كل واحد من الراهن والمرتهن المرهون عند شخص بدون اذن الآخر باطل]

واذا رهن الراهن الرهن عند غير المرتهن بدون اذنه يجب عليه استرداده وتسليمه له اذا دفع الراهن دينه الى المرتهن الأول لا يصير الرهن الثاني صحيحاً واذا تلف الرهن في يد المرتهن الثاني يجب على الراهن اعطاء مثله او قيمته الى المرتهن الأول واذا امتنع من تسليم مثله او قيمته الى المرتهن الاول يراجع المرتهن الحاكم و يأخذ الرهن او بدله رهناً واذا رهن المرتهن الرهن من غير الراهن وسلمه له فللراهن اقامة الدعوى على المرتهن الثاني بحضور المرتهن الاول واخذ المرهون منه وابقاؤه رهناً في يد المرتهن الاول واذا تلف الرهن

في يد المرتهن الثاني يعتبر المرتهن الأول غاصباً والمرتهن الثاني غاصب الغاصب وللراهن الخيار بتضمين مثل الرهن او قيمته من ايهما شاء واذا ضمن المرتهن الأول يكون قد ملك الرهن بهذا الضمان و يصح الرهن الثاني واذا ضمن المرتهن الثاني فيرجع بما ضمنه على المرتهن الأول و يأخذ مطلوبه منه ايضاً اما اطلاق البطلان في هذه المادة فغير صحيح على ما ارى لأن الباطل لا يفيد الحكم اصلاً خلافاً للموقوف والأولى بالمجلة ان تقول (موقوف) بدلاً من (باطل) ولا شك ان هذه الكلمة وقعت سهواً في المتون ·

مادة ٧٤٤ [اذا رهن الراهن الرهن بأذن المرتهن عند غيره] · وسلمه له او استأجر المرتهن الرهن من الراهن وجدد القبض او اخذ المرتهن الأرض المرهونة من الراهن مزارعة [يصير الرهن الأول] بالصورة الأول [باطلاً والثاني صحيحاً] · لأن الرهن من العقود اللازمة والمرتهن الأول ابطل حق حبسه بالأذن والرضاء وحيث كان الساقط لا يعود فليس للمرتهن الأول استرداد الرهن واعتباره مرهوناً كالسابق ·

وكذا الأجارة ولو فاسدة فأنها تبطل الرهن اما المزارعة فأذا كان البذر من المرتهن تكون بحكم الأجارة وتبطل الرهن واذا كان من الراهن لا تبطل الرهن (رد المحتار) ·

مادة ٧٤٥ [اذا رهن المرتهن الرهن بأذن الراهن عند الغير يبطل الرهن الأول ويصح الرهن الثاني و يكون من قبيل الرهن المستعار] ·

و يكون الراهن الأول معيراً والمرتهن الأول مستعيراً والمرتهن الثاني مرتهناً واذا تلف الرهن في يد المرتهن الثاني فلا يسقط من دين المرتهن الأول شيء لأن الرهن الأول اصبح باطلاً ·

مادة ٧٤٦ [لو باع المرتهن الرهن بدون رضاء الراهن] او بدون اذن الحاكم او بدون ضرورة [يكون مخيراً ان شاء فسخ البيع] وأعاد الرهن ليد المرتهن · [وان شاء أنفذه بالأجازة] · وهذا الخيار من أنواع خيار اجازة عقد الفضولي واذا أجاز الراهن البيع بقي الثمن رهناً في يد المرتهن واذا تلف الرهن فالراهن بالخيار ان شاء ضمن المرتهن وان شاء ضمن المشتري ·

مادة ٧٤٧ [لو باع الراهن الرهن بدون رضاء المرتهن لا ينفذ البيع] .
ولا يكون صحيحاً لأن المانع والمقتضي اذا اجتمعا رجح المانع ولأن المبيع يجب ان يكون مقدور التسليم والمرهون لا يمكن تسليمه بسبب حبس المرتهن [ولا يطرأ خلل على حق حبس المرتهن ولكن اذا أوفى الدين يكون ذلك البيع نافذاً] لأن المانع اذا زال عاد الممنوع وكذا اذا أبرأ المرتهن الراهن من الدين او وهبه له نفذ البيع .

[وكذا اذا أجاز المرتهن البيع يكون نافذاً ويخرج الرهن من الرهنية ويكون الدين على حاله ويكون ثمن المبيع رهناً في مقام المبيع] . لأن رضاء المرتهن بالبيع لا يسقط حق حبسه للرهن ولا يقال بأن ثمن المبيع دين ثابت في الذمة لأنه يجوز انتهاء ما لا يجوز ابتداء واذا قبض المرتهن الثمن وتلف في يده يضمن ما يعادله من الدين مثلاً او قيمة واذا آجر الراهن الرهن بأذن المرتهن فالأجرة للراهن ولا تكون محبوسة في يد المرتهن لأنها ليست بعين المرهون ولا ثمنه الا اذا اشترط حبسها . [وان لم يجز المرتهن البيع فالمشتري يكون مخيراً ان شاء انتظر الى ان ينفك الرهن وان شاء رفع الأمر الى الحاكم حتى يفسخ البيع] .

وليس له ان يفسخ البيع بدون حكم الحاكم لأن المنازعة لا تقطع بدون حكم . اما خيار المشتري فهو مطلق سواء علم بأن المبيع كان مرهوناً ام لم يعلم عند الطرفين خلافاً لأبي يوسف لأنه عد بيع المرهون كبيع المال المعيب فكما ان العيب يسقط بقبول المشتري فيسقط خيار المشتري بعلمه ان المال مرهون . ولا يجوز أيجار المرهون الى الراهن لأن المنفعة لا تباع الى صاحب الرقبة واذا آجر المرتهن الرهن الى الراهن يكون عارية وللمرتهن استرداده متى شاء واذا تلف في يد الراهن لا يسقط شيء من دين المرتهن . ويجوز أيجار الرهن الى المرتهن واذا أوجر سقط الرهن وبطل اما الهبة فهي كالبيع فلا حاجة لذكرها .

واذا باع الراهن الرهن اولاً وثانياً فالمرتهن بالخيار ان شاء أجاز البيع الأول وان شاء أجاز البيع الثاني لأن حق حبس الرهن وحق حبس ثمن المبيع بدلاً من الرهن له وحده وهو الأحق بتحري الثمن المناسب والمشتري الذي بأمكانه دفع الثمن او بثمن اغلى لأن الحكم والسبب والعلة تتحرى في الجنس لا في المسائل الخاصة .

وليس للمرتهن حق فسخ البيع مطلقاً لأن حقه منحصر في حبس الرهن وهذا لا يسري على عقد عقده المالك حتى اذا باع الراهن الرهن ودفع دينه وجب عليه تسليم المبيع الى المشتري ٠

والحكم في الأيجار والهبة والصدقة مع التسليم كالحكم بالبيع ٠ واذا وقف الراهن الرهن فأذا كان موسراً اجبر على دفع الدين من ماله وصح الوقف والا فلا واذا كان معسراً لا يصح الوقف واذا مات بعد الوقف فأذا كانت تركته وافية لوفاء الدين صح الوقف ٠

اما الأقرار فليس بمانع لصحة الرهن فأذا اقر الراهن بأن الرهن ملك غيره فلا يعتبر اقراره بحق المرتهن بدون بينة من المستحق ٠

مادة ٧٤٨ [لكل من الراهن والمرتهن اعادة الرهن بأذن صاحبه] وايداعه [ولكل منهم اعادته الى الرهنية بعد ذلك] لأن الأعارة عقد غير لازم ولو اقترنت بالقبض واذا تلف الرهن في يدالمستعيرلا يضمن المرتهن شيئاً منه لأن الضمان لايكون الا بالقبض فأذا سقط الرهن بالأعارة سقط الضمان و بقي الرهن واذا مات الراهن والرهن في يد المستعير كان المرتهن احق من باقي الدائنين الغرماء ٠

واذا أعار او اودع المرتهن الرهن بدون اذن الراهن لا تصح اعارته ولا ايداعه واذا تلف الرهن يضمنه ضمان الغصب لا ضمان الرهن لتعديه بالأعارة والأيداع ٠

مادة ٥٤٩ [للمرتهن ان يعير الرهن للراهن] ٠ لأن الراهن وان كان يملك الرهن ومنفعته الا ان انتفاعه موقوف على اذن المرتهن واستلامه منه لأن المرتهن يملك حق حبس الرهن والحبس مانع لانتفاع الراهن بالرهن بدون اذن المرتهن لذلك اعتبر اذن المرتهن للراهن اعارة وجاز للمرتهن استرداده من الراهن بعد الأعارة واذا تلف المرهون وهو في يد الراهن بطريق الأعارة لا يسقط شيء من الدين لذلك فأن اعارة الرهن الى الراهن مفيدة للراهن حيث يستعمل الرهن ومفيدة للمرتهن حيث يسقط عنه الضمان ٠

[و بهذه الصورة لو توفي الراهن فالمرتهن يكون احق بالرهن من سائر غرماء الراهن] ٠ لأن الرهن غير الضمان الا ترى ان الفرس المرهونة اذا ولدت يكون ولدها مرهوناً

واذا تلف لا يسقط شيء من الدين في مقابله واذا أعار المرتهن الرهن لغير الراهن وتلف في يد المستعير يسقط من الدين ما يعادل قيمة الرهن وكذلك الوديعة ٠

واذا رهن الوصي مال الصغير واستعاره لاحتياجات الصغير وتلف يرجع المرتهن بالدين على مال الصغير واذا استعار الوصي الرهن لاحتياج نفسه وتلف في يده يضمن الوصي للصغير مبلغ الضمان ٠

وكذا اذا غصب الوصي الراهن الرهن واستعمله باحتياجات الصغير وتلف وضمن يرجع ببدل الضمان على مال الصغير واذا استعمله في احتياجات نفسه وتلف وضمن يضمن الدين من ماله واذا كانت قيمة الرهن اكثر من الدين يضمن الزيادة الى الصغير واذا كانت قيمته اقل من الدين يرجع بالزيادة على مال الصغير (هندية) ٠

ويحترز بكلمة اعارة الواردة في هذه المادة من الأجارة لأن المالك لا يدفع اجرة لمنفعته بملكه وأجارة الرهن للراهن لا تفسد الرهن وللمرتهن حق استرداد الرهن متى شاء وأراد واذا قبض الأجرة تكون محسوبةً من اصل الدين ٠ وكذا الأعارة للراهن يحترز بها من اعارته لغيره لأن المرتهن اذا أعار الرهن لغير الراهن وتلف في يده يسقط مايعادل قيمته من الدين و يعتبر في قيمة الضمان قيمة الرهن يوم قبضه الأول لا قيمته يوم استرداده من يد الراهن بعد الأعارة خلافاً للغصب فأن المال المغصوب اذا سلم لصاحبه ثم غصب وتلف تعتبر قيمته يوم غصبه في المرة الثانية ٠

لاحقة

في ما يتعلق بأيجار الرهن للراهن او لشخص آخر

اذا آجر الراهن الرهن بأمر المرتهن او آجر المرتهن الرهن بأمر الراهن لآخر يبطل الرهن والأجرة للراهن وليس للمرتهن اعادة الرهن ليده بدون عقد رهن جديد واذا آجر الرهن فضولي وأجاز الراهن الأجارة فالأجرة للراهن وللمرتهن اعادة الرهن ليده كما كان واذا أجاز المرتهن الأجارة ولم يجزها الراهن فالأجارة منفسخة والأجرة للفضولي واذا أجازها الراهن ايضاً صح الأيجار و بطل الرهن والأجرة للراهن اذا وجدت شروط الأجارة ٠

واذا آجر المرتهن الرهن بدون اذن الراهن فالأجرة للمرتهن لكنها لا تكون طيبة له ٠

واذا آجر الراهن الرهن بدون اذن المرتهن فللمرتهن الخيار واذا أجاز الأجارة بطل الرهن ولا تكون الأجرة مرهونة واذا لم يجزها فله أعادة الرهن لحاله السابق ٠

واذا آجر الراهن الرهن للمرتهن وجدد القبض صحت الأجارة و بطل الرهن واذا تلف الرهن في يد المستاجر لايضمن مالم تنقض مدة الأجارة ويمتنع من تسليم المأجور فيكون غاصباً وضامناً .

مادة ٧٥٠ [ليس للمرتهن الأنتفاع بالرهن بدون اذن الراهن] . لأن الراهن رضي بحبس الرهن ولم يرض بالانتفاع منه . فأذا كان المرهون داراً فليس للمرتهن ان يسكن فيها واذا سكن يكون غاصباً وضامناً واذا تلفت فلا اجرة عليه ولو كانت معدة للاستغلال لأنه استعملها بتأويل العقد . واذا عاد الى الوفاق سقط غصبه وضمانه .

[اما اذا اذن الراهن وأباح الانتفاع فللمرتهن استعمال الرهن وأخذ ثمره ولبنه ولا يسقط من الدين شيء في مقابلة ذلك] . لأن المنافع والحاصلات لا تلحق بأصل الرهن اما اذا سكن المرتهن المرهون وانتفع به بأذن الراهن فيكون الراهن قد أعاره له واذا تلف في يده في حال الاستعمال يسقط الضمان عنه واذا تلف بعد الاستعمال يضمن ما يعادله فقط من الدين أما لو كان المرهون اشجاراً مثمرة واستهلك المرتهن اثمارها بأذن الراهن وتلفت الأشجار بعد استهلاك اثمارها فيقسم الدين بنسبة قيمة الرهن وثمن الاثمار و يسقط من الدين ما يعادل قيمة الرهن فقط و يبقى ما يعادل قيمة الزوائد والاثمار المستهلكة في ذمة الراهن .

مادة ٧٥١ [اذا أراد المرتهن الذهاب الى بلد آخر فله ان يأخذ الرهن معه ان كان الطريق آمناً] . ومؤنة الرهن على المرتهن أما اذا كان الطريق مخوفاً وخيف من تلف الرهن او كان الراهن شرط حين الرهن ان لا ينقل الرهن الى بلد آخر فليس للمرتهن نقله واذا نقله وتلف يضمنه ضمان الغصب .

وقد اختلف العلماء فيما اذا شرط الراهن على المرتهن حفظ الرهن في المصر وعدم نقله الى محل آخر فقال بعضهم ان هذا الشرط يعتبر وقال البعض الآخر انه لا يعتبر أما المجلة فقد سكتت عن ذلك .

***

﴿ الفصل الثالث ﴾

(في بيان أحكام الرهن الذي هو في يد العدل)

مادة ٧٥٢ [يد العدل كيد المرتهن يعني لو اشترط الراهن والمرتهن ايداع الرهن عند امين ورضي الأمين وقبض الرهن تم الرهن ولزم وقام ذلك الأمين مقام المرتهن] .

العدل نائب الراهن في الحفظ والضمان ونائب المرتهن في المالية وضمان الرهن بناءً عليه اذا استحق الرهن وضبط من العدل او حكم عليه بالضمان يعود على الراهن بما ضمنة واذا تلف الرهن في يده فضمانه على المرتهن ولا يتم الرهن الا بقبض العدل حتى لو وكل الراهن العدل ببيع الرهن عند انقضاء اجل الدين ودفع الدين وحل الأجل قبل ان يقبض العدل الرهن بطل الرهن وبقيت الوكالة .

ويجوز تعدد العدل واذا تعددوا قسموا المال على عدد رؤوسهم وحفظوه اذا كان قابلاً للقسمة واذا سلم احدهما حصته للآخر وتلفت يضمنها العدل المسلم واذا كان غير قابل للقسمة يحفظه احدهم بأذن الآخرين واذا تلف الرهن في يد خادم العدل او ولده او زوجته او امينه فلا ضمان عليه .

واذا مات الراهن والمرتهن او احدهما يبقى العدل عدلاً وله حبس الرهن كالأول .
وكذا اذا باع البائع مالاً وسلمه ليد عدل حفظاً لقبض الثمن وتلف المبيع في يد العدل فضمانه على البائع و ينفسخ البيع و يسقط الثمن .

مادة ٧٥٣ [لو اشترط حين العقد قبض المرتهن الرهن ثم وضعه الراهن والمرتهن بالاتفاق في يد عدل يجوز] .

لأن العدل يقوم مقام المرتهن ابتداءً وانتهاءً وقد شرط اتفاق الراهن والمرتهن لأن الراهن مالك للعين فرضاؤه بالعدل شرط لاختلاف الحفظ باختلاف اليد وكذلك المرتهن مالك للحبس

فرضاؤه بالرهن شرط لأنه لا يرضى الا من كان أميناً خوفاً من تلف الرهن في يده وسقوط دينه بسببه ٠

مادة ٧٥٤ [ليس للعدل ان يعطي الرهن للراهن او للمرتهن بدون رضاء الآخر ما دام الدين باقياً وان اعطاه كان له استرداده وأذا تلف قبل الاسترداد فالعدل يضمن قيمته] ٠

لأن العدل بتسليمه الرهن لأحدهما يكون متعدياً وان ضمن العدل يجب اخذ بدل الضمان منه وتسليمه له والا يكون قابضاً ودافعاً وهذا لا يجوز ٠ واذ لم يتفق الراهن والمرتهن على ابقاء بدل على الرهن في يد العدل او في يد غيره يراجعان الحاكم و يسلمان البدل للعدل الذي يختاره الحاكم او للعدل الاول ٠

واذا سلم العدل الرهن للمرتهن وتلف في يده وضمنه العدل ودفع الراهن الدين يرجع الراهن على العدل واذا سلم العدل الرهن للمرتهن امانةً او عارية وتلف في يد المرتهن بدون تعدٍ ولا تقصير وضمن العدل قيمته يكون قد ملكه ولا يرجع على المرتهن بشيء ٠

استثناء : اذا اشترط حين عقد الرهن تسليمه للعدل فليس للراهن او المرتهن اخذه منه بدون اذن الآخر أما لو اشترط تسليم الرهن للعدل بعد عقد الرهن فللمرتهن اخذه واسترداده منه بدون اذن الراهن وليس للراهن ذلك ٠

مادة ٧٥٥ [اذا توفي العدل يودع الرهن عند عدل غيره] او عند الراهن او المرتهن [بتراضي الطرفين وان لم يحصل لهما الأتفاق فالحاكم يضعه في يد عدل] او في يد المرتهن ولا تقوم ورثة العدل مقامه لأن حق الحفظ وصف قائم بالمتوفي فلا ينتقل لورثته واذا كان العدل الأول وكيلاً ببيع الرهن في مدة معلومة وتوفي وانتخب عدل غيره فلا يملك صلاحية البيع بالوكالة لأنها سقطت بالوفاة ٠

* * *

الفصل الرابع

(في بيع الرهن)

مادة ٧٥٦ [ليس لكل من الراهن والمرتهن بيع الرهن بدون رضاء صاحبه] صراحةً او دلالةً لأن احدهما يملك العين والآخر يملك حق الحبس .

مادة ٧٥٧ [أذا اجل الدين وامتنع الراهن من أدائه فالحاكم يأمره ببيع الرهن وأداء الدين فأن ابى وعاند باعه الحاكم وادى الدين] .

وليس للمرتهن بيع المرهون لأن له حق الحبس فقط ألا اذا كان وكيلاً من قبل الراهن وأذا بيع الرهن وكان ثمنه لا يفي بالدين فللمرتهن مراجعة الراهن او تركته او امواله بطريق قسمة الغرماء بالباقي . واذا كان الرهن دار سكن الراهن فتباع ايضاً ولا يقال بلزوم اخذ دارٍ موافقة لسكنى الراهن من اصل ثمن الدار المباعة وأذا وكل الراهن وكيلاً حين الرهن او بعده ببيع المرهون واستيفاء الدين منه فحين حلول الأجل يبيع الوكيل الرهن ويدفع الثمن ولاحاجة الى المحاكمة وحكم الحاكم اما عهدة البيع فعلى الراهن لأنه بائع الرهن حكماً وهذا كله مذهب الامامين اما الأمام الأعظم فقد قال بعدم جواز بيع الرهن حكماً ووجوب حبسه عنده لحين آداء الدين .

مادة ٧٥٨ [اذا كان الراهن غائباً ولم تعلم حياته ومماته فالمرتهن يراجع الحاكم على ان يبيع الرهن ويستوفي الدين] .

وليس للمرتهن بيع ألرهن والتصرف به بدون اذن الحاكم اما الغائب المعلوم مكانه فلا يباع ما رهنه بدون مراجعته كما نقله صاحب الأشباه لأن البيع قضاء على الغائب . واستثنوا وجه ما لو عين الطرفان وكيلاً للبيع في عقد الرهن فأنه يباع .

أما الغائب المجهول مكانه المشتبه حاله ما بين الحياة والمماة فيجوز البيع عليه كما نقله صاحب البزازية واختارته هذه المادة .

واما الغائب المفقود فهو ميت حكماً ويعامل معاملة الراهن المتوفي وحكمه حكم المفقود .

مادة ٧٥٩ [اذا خيف فساد الرهن فللمرتهن بيعه وأبقاء ثمنه رهناً في يده بأذن الحاكم] ٠

وكذا اذا تمنع الراهن من دفع الدين وبيع الرهن فللمرتهن مراجعة الحاكم وبيع الرهن وليس للمرتهن ان يحسب ثمن الرهن من اصل الدين لعدم التماثل بينهما [واذا باعه بدون اذن الحاكم يكون ضامناً] وللراهن الخيار ان شاء فسخ البيع واسترد المبيع من المشتري ورده للمرتهن رهناً وان شاء ضمن المرتهن مثله او قيمته وسلمه اياها رهناً ٠

[كذلك لو ادرك ثمر البستان المرهون وخضرته وخيف تلفه فليس للمرتهن بيعه الا بأذن الحاكم وان باعه بدون اذن الحاكم يضمن]

وكذلك اذا كان المرهون غنمة فمرضت وخاف المرتهن تلفها فليس له ذبحها بدون حكم الحاكم واذا جمع المرتهن الأثمار بدون اذن الحاكم وحفظها وتلفت لا يضمن شيئاً من ثمنها لأن جمعها حفظ لها ٠ اما اذا كان لا حاكم في المدينة او كان المرتهن راجع الحاكم وطلب الأذن وتأخر الحاكم في ذلك وخاف المرتهن تلف الزوائد فله بيعها ٠ واذا طلب المرتهن من الحاكم الأذن لبيع الثمر وتمنع الحاكم من اعطائه الأذن وتلف الثمر ينظر فأذا كان عدم اذن الحاكم ناشئاً عن تحرٍ واجتهاد فلا ضمان عليه والا ضمن ٠

مادة ٧٦٠ [اذا حل وقت أدآء الدين فيصح توكيل الراهن والمرتهن او العدل او غيرهما ببيع الرهن] ٠

لأن الرهن ملك الراهن فله بيعه او توكيل غيره ببيعه ٠ [وليس للراهن عزل ذلك الوكيل بعد ولا ينعزل بوفاة احد من الراهن والمرتهن ايضاً] ولا يقال بأن الوكالة عقد غير لازم يسقط بالوفاة او بالعزل او الأنعزال لأن حق المرتهن قد تعلق بها ٠ وكذا للراهن عزل الوكيل بأذن المرتهن ٠ ويعزل الوكيل بالوفاة والجنون وتبطل وكالته لأن الوكالة لا تنتقل للوارث ولا يعزل الوكيل بعزل المرتهن لأنه لم يوكله ٠

ثم ان الوكالة اذا كانت منجزة فللوكيل بيع الرهن قبل حلول أجل الدين واذا كانت مضافة فليس له بيع الرهن قبل انقضاء الأجل .

ويجب ان يكون الوكيل حائزاً لشروط الوكالة والأهلية فلا يجوز توكيل الصغير الغير المميز واذا وكل الراهن الصغير الغير المميز و بلغ الصغير و باع لا يصح بيعه لأن الوكالة باطلة في في الأصل فلا تصير صحيحة ببلوغ الوكيل عند الأمام الأعظم لأنه يعتبر وقت التوكيل خلافاً للامامين فأنهما يعتبران وقت الأمتثال .

وفي الهندية يجوز للوكيل بيع المرهون بغياب الراهن و بغياب ورثته واذا حضروا بعد البيع ليس لهم نقض البيع واذا وكل الراهن المرتهن او العدل ببيع الرهن فلهما بيعه ولو لم يسلمه الراهن للمرتهن او للعدل وعلى العدل تسليم ثمن المبيع الى الراهن لا الى المرتهن لأن الرهن لا يتم الا بالقبض واذا سلم العدل الثمن الى المرتهن لا يضمن لأنه يكون سلم المال لصاحبه وفي حال التوكيل وعدم تسليم الرهن للمرتهن يجوز للراهن عزل الوكيل .

ثم اعلم أن الرهن اذا كان منقولاً يجوز للوكيل بالبيع بيعه بدون رضاء الراهن و بدون مراجعته واذا كان عقاراً يجب ان تجري الوكالة مع الرهن بحضور مأمور التمليك وللدائن مراجعة دوائر التمليك وطلب بيع العقار المرهون واستماع البيع والفراغ من الوكيل ودوائر التمليك ترسل الأخبار الى الراهن وتطلب منه دفع الذمة فأذا لم يلب الراهن طلب دوائر التمليك فالدوائر تبيع الرهن وتسمع البيع والفراغ من الوكيل كما هو منطوق الارادة السلطانية المؤرخة في ١٠ ايلول سنة ١٣٠٦

اما الفرق بين الوكيل ببيع الرهن والوكيل بالبيع عادياً فهو أن الوكيل ببيع الرهن له ان يبيع الرهن مع فروعه و يجبر على القيام بالوكالة سواء كان التوكيل حين الرهن او بعد الرهن خلافاً للوكيل بالبيع العادي فأنه ينعزل بعزل الموكل و بوفاته واذا باع الوكيل ببيع الرهن المال الموكل ببيعه بغير جنس الدين فله صرف الثمن بجنس الدين خلافاً للوكيل بالبيع العادي فأنه ليس له تبديل الثمن ولا فرق بين بيع الوكيلين في غير هذه الاحوال مثلاً :

١ — للوكيل ببيع الرهن وللوكيل بالبيع العادي بيع المال بالأجل المتعارف اذا كانت الوكالة مطلقة واذا باع الوكيل (ولو كان العدل) الرهن مؤجلاً وطالب المرتهن الراهن بالدين فليس له تأخير دفع الدين الى ان يقبض الثمن .

٢ — اذا باع العدل الرهن حسب وكالته ووهب الثمن الى المشتري قبل قبضه صحت الهبة وضمن الثمن ولا تصح هبة الثمن الى المشتري كلاً او بعضاً بعد القبض واذا نزل الوكيل من الثمن شيئاً بعد القبض صح الحط والتنزيل ووجب عليه دفع مقدار ما حطه ونزله من ماله الى المشتري لا من الثمن المعطى للمرتهن ٠

٣— اذا ادعى العدل تلف الثمن يصدق بيمينه و يكرن التلف على المرتهن ٠

٤ — اذا ادعى العدل دفع ثمن المبيع الى المرتهن يصدق بيمينه ٠

٥ - لا يجوز للعدل ان يبيع الرهن لولده او لزوجته واذا اجاز الراهن والمرتهن هذا البيع صح ولا يصح المبيع بأجازة احدهما ٠

٦ — اذا باع الأجنبي الرهن بحضور الوكيل واجازه صح بيعه واذا باعه بغيابه لا يصح ٠

٧— اذا تعدد الوكلاء بالبيع فليس لبعضهم الأنفراد بالبيع ألا اذا باع احدهم واجاز الآخرون ٠

٨ — اذا باع العدل الرهن وسلم الثمن الى المرتهن ثم ظهر في المبيع عيب فالخصم بدعوى العيب هو العدل لا المرتهن واذا ثبت العيب بالبينة يسري الحكم على الراهن والمرتهن واذا ثبت العيب يحكم على العدل بأعادة الثمن لأنه هو القابض و يرجع على المرتهن اذا اعطى الثمن له و يرجع المرتهن و يستلم المبيع ٠ وأذا أقر العدل بالعيب او نكل عن اليمين فأذا كان العيب يمكن حدوثه في المبيع وهو في يد المشتري يضمنه العدل و يتملك الرهن واذا كان لا يمكن حصوله في هذه المدة يدفع العدل الثمن و يعود على المرتهن بما دفعه ٠

واذا ضبط المبيع بالأستحقاق من المشتري يعود بالثمن على العدل وهذا يعود على المرتهن اذا كان المبيع موجوداً في يد المشتري واذا تلف المبيع في يد المشتري فللمستحق الخيار اما ان يضمن الراهن قيمة المبيع و يصح بعد ذلك قبض العدل والمرتهن واما ان يضمن العدل وهذا يرجع على الراهن واما ان يضمن المشتري وهذا التضمين يوجب بطلان المبيع ورجوع المشتري على العدل وليس للمستحق مطالبة المرتهن بشيء ما لم يجيز البيع و يطلب الثمن فأنه يأخذه من المرتهن أذا كان قبض الثمن والا فلا ٠

مادة ٧٦١ [الوكيل ببيع الرهن يبيع الرهن أذا حل أجل الدين و يسلم ثمنه الى المرتهن] ٠

اذا كانت الوكالة مقيدة بحلول اجل الدين وأذا كانت مطلقة فله البيع متى شاء حتى قبل حلول الأجل [فأن ابى الوكيل يجبر الراهن على بيعه] وهي رواية الأمام الكرخي المنقول عن ابي يوسف ووجه ذلك هو ان الراهن مكلف اصالةً ببيع ملكه فما دام موجوداً لا يتعين على الوكيل القيام بالوكالة اللازمة اما تفسير الجبر في هذا الموضع فهو الحبس اياماً عند الأمتناع فأن لم يوثر الحبس باع الحاكم الرهن ٠

[واذا ابى وعاند الراهن ايضاً باعه الحاكم وأذا كان الراهن او ورثته غائبين يجبر الوكيل على بيع الرهن فأن عاند باعه الحاكم]

***

« لاحقة »

الأختلافات المتعلقة بالرهن وتتضمن اربعة ابحاث وخاتمة

المبحث الاول

اختلاف الراهن والمرتهن بأصل الرهن وتعيين نوعه وجنسه ورده

١ القول قول منكر الرهن مع اليمين

٢ اذا قال الراهن الرهن غير هذا والمرتهن قال ان الرهن هو هذا فالقول قول المرتهن لأن القول للقابض ٠

٣ اذا قال الراهن رهنت وسلمتك لباساً وقال المرتهن ارتهنت واستلمت هذه الدابة وبرهنا فأذا كان اللباس والدابة في يد المرتهن ترجح بينة المرتهن واذا كانا قد تلفا وكانت قيمة الثوب اكثر من قيمة الدابة ترجح بينة الراهن لأنه مدعي الزيادة ٠

٤ اذا اقر المرتهن بأخذ الرهن وادعى اعادته للراهن ولم يبرهن فالقول قول الراهن واذا قال المرتهن انه أعاد الرهن للراهن وتلف في يده وادعى الراهن تلف الرهن في يد المرتهن فالقول قول الراهن والبينة بينته ٠

٥ اذا ادعى المرتهن تلف الرهن في يد الراهن قبل القبض وادعى الراهن تلف الرهن في يد المرتهن بعد القبض فالقول قول المرتهن ٠

المبحث الثاني

الأختلاف في بيع الرهن وثمنه

٦ اذا باع العدل الرهن بأقل من الدين وصادق المرتهن على ذلك وادعى الراهن زيادة الثمن فالقول قول العدل والمرتهن . واذا انكر الراهن البيع وادعى تلف الرهن في يد العدل فالقول قوله مع اليمين اذا كانت قيمة الرهن مساوية للدين .

٧ اذا قال الراهن ان ثمن الرهن الف قرش وقال الوكيل تسعمائة قرش وقال المرتهن ثمانمائة قرش فالقول قول المرتهن أذا كان قبض الثمن .

٨ اذا برهن العدل على بيع الرهن بثمانمائة قرش ودفعها للمرتهن لا تسمع بينة الراهن على تلف المبيع في يد المرتهن .

٩ اذا استدان الراهن الف قرش ورهن بمقابله رهناً قيمته الف قرش وادعى المرتهن انه باعه بخمسمائة قرش حسب وكالته وادعى الراهن تلف الرهن في يد المرتهن ولم يبرهن المرتهن على دعواه يحلف الراهن على عدم علمه ببيع المرتهن الرهن .

المبحث الثالث

اختلاف الراهن والمرتهن بمقدار المرهون به

١٠ اذا ادعى الراهن بأنه سلم الرهن في مقابل الف قرش وقال المرتهن انه استلمه في مقابل الفي قرش فالقول قول الراهن .

١١ اذا قال الراهن سلمت الرهن في مقابلة الف قرش وقال المرتهن استلمته في مقابل خمسمائة قرش فأذا كان الرهن موجوداً وقيمته الف قرش تحالفا فأذا حلفا رد الرهن للراهن واذا تلف الرهن قبل التحالف فالقول قول المرتهن لأن المرتهن ينكر سقوط الدين .

وكذا اذا قال المرتهن اخذت هذين المالين في مقابل الف قرش وقال الراهن لم ارهن الا هذا تحالفا واذا برهنا رجحت بينة المرتهن .

المبحث الرابع

نزاع شخصين برهن

١٢ اذا ادعى اثنان بأن قال كل منهما ان المال رهن عنده حصراً فأذا كانت الدعوى حال حياة الراهن والرهن في يد احدهما يحكم للمرتهن واضع اليد ولو عين الآخر تاريخاً سابقاً على تاريخه مالم يبرهن على دعواه لأن وجود الرهن في يد احدهما دليل على سبق يده عليه . واذا كان الرهن في يدهما كليهما فيحكم لهما معاً واذا كان في يد الراهن فأذا أرخا يحكم لمن يدعي التاريخ السابق وأذا ارخ احدهما يحكم له وأذا لم يؤرخا تاريخاً واجداً و برهنا رد برهانهما ولا يحكم لهما بالرهن المشاع لأنه فاسد واذا تلف الرهن يتلف امانةً .

واذا حصلت هذه الدعوى بعد وفاة الراهن وأرخا يحكم لصاحب التاريخ القديم واذا لم يؤرخا ناريخاً واحداً وكان الرهن في تركة الراهن يحكم بالرهن بينهما مناصفة عند الطرفين وأذا كان الرهن في يد احدهما يبقى في يده .

***

ترجيح البينات في الرهون

١٣ بينة الرهن مرجحة على بينة الوديعة .

١٤ بينة البيع مرجحة على بينة الرهن .

١٥ بينة الهبة والقبض مرجحة على بينة الرهن ألا اذا كان المال في يد شخص ثالث وادعى خارجان فقال احدهما أن المال مرهون وقال الثاني انه موهوب ترجح بينة الراهن الا اذا ادعى مدعي الهبة وقوع الهبة في تاريخ مقدم على تاريخ الرهن .

١٦ أذا ادعى احد الشراء والقبض وادعى الآخر الرهن والقبض و برهنا ينظر فأذا كان المال في يد الراهن ترجح بينة المشتري ألا اذا ادعي الرهن في تاريخ مقدم وأذا كان المال في يد المرتهن ترجح بينة الراهن الا اذا ثبت كون تاريخ الشراء مقدماً على تاريخ الرهن .

***

لاحقة — ٢

لقد اغفلت المجلة اهم احكام الرهن وهو استحقاقه وقد بحثنا عن ذلك مختصراً فيما مضى بصورة غير مطردة ولزيادة الأيضاح نقول ان الرهن اما ان يستحق قبل البيع او بعده فان استحق قبله اخذه المستحق من المرتهن وفسخ الرهن ضرورة ان كان قائماً وان كان هالكاً هلك بالدين .

وللمستحق تضمين الراهن لتعديه بتسليم الرهن وله تضمين المرتهن لتعديه بالقبض واذا ضمن الراهن ملك الرهن عند المرتهن بدينه وتم الرهن وان ضمنه المستحق رجع على الراهن بقيمة رهنه لانه غره ضمن عقد معاوضة و بقي الدين على حاله وانفسخ الرهن ولا يكلف الراهن بتسليم رهن مكانه . واذا استحق الرهن بعد البيع فأن كان قائماً اخذه المستحق من المشتري ورجع المشتري بالثمن على من قبضه منه الا اذا اداه للعدل فأنه يرجع على المرتهن و يرجع المرتهن على الراهن بدينه واذا هلك في يد المشتري فالمستحق اما ان يضمن الراهن لانه غاصب واما ان يضمن المشتري لتعديه بالقبض واما ان يضمن العدل لتعديه بالبيع فأذا ضمن المشتري رجع بالثمن على العدل البائع او المرتهن سواء كان بائعاً او لا والعدل يرجع على الراهن او على المرتهن والمرتهن يرجع على الراهن وان ضمن المستحق الراهن صح البيع والقبض والرهن .

واذا كانت قيمة الرهن التي ضمنها العدل اكثر من الثمن الذي قبضه يرجع بهذه الزيادة على الراهن .

« الخاتمة »

(وتنقسم الى فصلين)

الفصل الاول

في البحث عن الكفالة والحوالة والرهن في القانونين المدنيين الأفرنسي والتركي ومقايستهما على المجلة

عندما بحثنا عن الكفالة في المجلة وشرحناها كنا ذكرنا بعض الأختلافات الموجودة بين المجلة والقوانين المدنية تحشية على كتاب الكفالة المذكورة لذلك فأننا لا نرى حاجة لبيان ذلك مخافة التكرار .

اما الحوالة فقد بحث عنها في القانونين الأفرنسي والتركي بحثاً مختصراً لا يزيد عن بعض المواد وهذا ناشئ عن ان الحوالة صارت في زماننا من اهم المعاملات التجارية وقد بحثت القوانين الأوربية عنها بقوانين التجارة فلم يبق لزوم للبحث عنهـا مفصلاً في القوانين المدنية الا ما كان يخالف الأمور التجارية منها والى القراء الكرام ما جاء في القانون المدني الأفرنسي بحق ذلك :

ورد في المادة (١٢٤٩) من هذا القانون ماترجمته « اذا أدى الشخص الثالث مطلوب الدائن تحال له الحقوق المذكورة اما بالأتفاق واما بموجب الأحكام القانونية . » يفهم من هذا ان القانون الأفرنسي قسم الحوالة الى قسمين رضائية واجبارية ولم ينظر الى امر المحيل في الحوالة على ما يظهر جلياً من هذه المادة وهذه الروح التشريعية بعيدة عن قانوننا المدني وقريبة من المعاملات التجارية لأن الجيرو لا يحتاج الى امر من المحيل (المديون) خلافاً للحوالة العادية عندنا فأن المحال عليه اذا اخذ الحوالة على نفسه ودفعها بدون امر من المحيل لا يرجع عليه بشيء لانه يكون قد ادى ما على غيره من الدين وهذا تبرع لا يستحق به الدافع الرجوع على من دفع المال عنه وقد ايدت المادة (١٢٥٠) من القانون المدني المذكور كلامنا هذا فقالت ان الحوالة الأتفاقية اما ان تقع باستيفاء الدائن دينه من شخص ثالث ويحيل له ماله قبل المديون من ديون وامتيازات وحقوق ودعاو ورهون بشرط ان يصرح بذلك حين العقد واما ان يفي ما على المدين من الديون ويقبل حقوق الدائن بطريق الحوالة بشرط ان تجري المعاملة الثانية بموجب أسناد مصدقة من كتاب العدل وكيفما كان الحال فأن القسم الأول هو احالة من الدائن على المدين والثاني دفع ما على الغير من الدين بدون امر وتكليف وعدم صحة الرجوع في الوجه الثاني عندنا ظاهر كما قلنا لأن المدين اما ان يكون عزيز النفس لا يرضى بأداء دينه من غيره واما ان يكون ذليل النفس ولا مال له فيضطر لمماطلة الدائن الجديد لاختلاف الطلب والألحاح باختلاف الأشخاص .

وقد عرّفت المادة (١٢٥١) الحوالة الوجوبية فقالت : اولاً اذا أدى آخر ما على المدين من الديون المرجحة على غيرها بالأمتياز والرهن . ثانياً الحوالة بشرط الأداء من ثمن العقار المرهون الذي بيع واشترط على المشتري أداء دين الدائن الثابت على رقبة العقار المباع . ثالثاً حق الوارث الذي قبل التركة بشرط الوفاء وادى دين التركة من ماله . وهـذا غير موجود في قوانيننا لأن الأرث لا يكون مقيداً بالشرط ولأن الوارث لا يكلف بدفع دين مورثه الا اذا كانت التركة وافية لأداء هذا الدين . وقد عرّفت المادة (٤٥٧) من القانون المدني التركي الحوالة بأنها

عقد يأذن به المحال عليه المحال له بأن يقبض لحسابه النقود والأوراق والأشياء المثلية بالوكالة باسمه من المحيل وهذا ظاهر بأن المحال له يقبض من المحيل ذلك كوكيل وبمعنى آخر ان الحوالة لا تتضمن عندهم نقل الدين من ذمة الى اخرى وهي بمقتضى هذا التعريف أحالة من المحال عليه الى المحال له وهو تعريف لايتضمن معنى الحوالة المعلوم عندنا ومتى قلنا ان الحوالة في المجلة تشمل هذه الحوالة وغيرها والحوالات التجارية لها قانونها الخاص اتضح عندنا ان بحث الحوالة في قانوننا المدني اشمل منه في هذا القانون .

وقد ورد في المادة (٤٥٨) ما ترجمته : « أذا كان موضوع الحوالة هو أداء دين المحيل الى المحال له فهذا الدين لا يسقط الا بالأداء من المحال عليه الا ان المحال له اذا لم يتمكن من قبض مطلوبه من المحال عليه في المدة المعينة في الحوالة فله صلاحية المطالبة من المحيل . » فهذه المادة وان كانت توضح بأن الحوالة ايضاً تنعقد بين المحيل والمحال له والمحال عليه وتجعل المحال له ذا صلاحية بالمطالبة من المحال عليه الا ان أحكامها لم تكن داخلة في تعريف الحوالة المبين في المادة (٤٥٧) فصار التعريف غير جامع لأفراده وغير مانع لأغياره ولا شك ان كل ما يجب وجوده من الأحكام في العقد يجب ان يستنبط من تعريف العقد وقد ورد في المادة (٤٥٨) امكان الرجوع على المحيل بالدين وبما وقعت الحوالة به مطلقاً وعند عدم أمكان القبض في المدة المعينة في الحوالة وهذا يخالف نظرية نقل الدين من ذمة الى ذمة لأن الدين اذا نقل لا يعود على المحيل الا أذا تحقق التوى وقد ورد في المادة (٤٦١) امكان رجوع المحيل في حوالته في اي وقت شاء وأراد الا اذا كانت الحوالة من منفعة المحال له او كانت معمولةً لأجل أداء مطلوبه وعلى كل الأحوال يجوز للمحيل ان يرجع بحوالته الى ان يطلع المحال له عليها ويقبلها واذا أفلس المحيل سقطت الحوالة التي لم تقبل وهذه الأحكام لا تنطبق على المجلة لان الحوالة عندنا لا تعقد بدون رضاء المحال له لانه هو صاحب المال والحوالة تنقل الدين من ذمة الى ذمة ومتى عقدت تلزم الطرفين ولا يمكن الرجوع عنها الا في حال التوى عند المحيل .

وقد بحثت المادة (٤٦٢) عن الحوالات المحررة لأمر واسم الحاملين وقالت انها تابعة لأحكام هذا الباب ولما كان مثل هذه الحوالات من خواص القانون التجاري فلا يدخل تحت أحكام قانوننا المدني .

أما الرهن فقد عرّفته المادة (٢٠٧١) من القانون المدني الأفرنسي انه « عقد يتضمن وضع

مال من المدين عند الدائنين لتأمين استيفاء الدين » وقسمته المادة (٢٠٧٢) الى رهن المنقول وسمته الرهن المطلق ورهن غير المنقول وسمته الرهن بالأستغلال وجعلت دينه ممتازاً عن غيره انما أوجبت عليه تنظيم قائمة وسنداً بالدين والرهن تتضمن تلك القائمة جنس المرهون ونوعه ومقدار الدين ووصفه ووزنه وكيله وذرعه الا ما كان اقل من مائة وخمسين فرنكاً فأنه لايحتاج الى تنظيم السند (راجع المادة ٢٠٧٢) ٠

وقد أوجبت المادة (٢٠٧٦) تسليم الرهن للمرتهن او لشخص ثالث حتى يكون دينه ممتازاً وهذا معقول وموافق لقانوننا المدني وأوجبت المادة (٢٠٨٠) كون مصاريف المرهون على الراهن المديون وقالت المادة (٢٠٨٢) بلزوم بقاء الرهن في يد الدائن الى ان يستوفي جميع ماله من الديون قبل مديونه مع فوائدها الا اذا أساء الاستعمال بالمرهون وهذا يخالف تشريعنا لأن الرهن يسلم الى الدائن تأميناً لوفاء مطلوبه والرهن يبقى في يده واذا أساء الأستعمال به وتلف فضمانه عليه لا على سواه فلا فائدة من تقيده بالأتلاف وسوء الأستعمال لأن يد المرتهن على المرهون لا تشبه يد المستأجر على المأجور ٠ اما الرهن بالاستغلال فلا ينعقد الا بمقاولة خطية (راجع المادة ٢٠٨٥)٠ وللدائن قبض حاصلات المرهون سنة بعد سنة واجراء محسوب ذلك مع فوائد دينه ورأس ماله وهذا يفهم منه بقاء منافع المرهون للراهن فيما اذا كان المرتهن لا يملك الا الدين والفائدة ومما يؤيد ذلك ما ورد في المادة (٢٠٨٦) حيث قالت « اذا لم يتفق الطرفان على مقاولة تخالف ذلك فالدائن يدفع مكوس العقار وتكلفاته ويحافظ عليه ويعمره العمارات النافعة والضرورية ويقبض الحاصلات بمقابل هذه المصاريف واذا تأخر عن وظيفته الأخيرة يضمن العطل والضرر » ٠ وقد ورد في المادة (٢٠٨٨) ان الدائن لا يملك الرهن ولو لم يدفع المديون دينه بظرف المدة المتفق عليها واذا اتفقا على ما يخالف ذلك لا يعتبر اتفاقهما وللدائن طلب بيع المرهون واستيفاء دينه منه اما باقي مواد هـذا القانون فهي موافقة للمجلة ٠ وقد ورد في القانون الافرنسي جملة مواد تتعلق بامتياز الدائنين ورجحان بعضهم على بعض الا اننا لم نر لزوماً لأخذ ذلك لعدم امكان اجراء المقايسة بينه وبين المجلة ٠

أما القانون التركي فقد بحث عن الرهون بحثاً مطولاً وفرقها الى أقسام وبحث عن الأيبوتك وبحث في الباب الثالث والعشرين عن رهن المنقول خاصة وبما ان رهن غير المنقول صار مقيداً

عندنا بقانوني الرهون المبحوث عنهما في آخر كتاب البيوع لذلك فقد اكتفينا بنقل بعض مواد القانون المدني التركي المتعلقة برهن الأموال المنقولة :

ورد في المادة (٨٥٣) من هذا القانون ان المنقول لا يرهن الا اذا اشترط تسليمه وللمرتهن حق ارتهان المال المنقول ممن لا حق لهم بالتصرف فيه على ان تبقى حقوق الأشخاص الثالثة المتولدة من ذي اليد القديمة محفوظة على ان حق الرهن لا يثبت للمرتهن ما دام المرهون في يد الراهن . وقد اعطت المادة (٨٥٤) حقاً لشركات (القوئو بوراتيف) التي استحصلت حقاً كهذا من الحكومة الملكية الموجودة في مدينة مركز معاملات الشركة ان تؤسس الرهن على الحيوانات تأميناً لمطلوبها على شرط ان تخبر بذلك مأموري الأجراء وتقيد ذلك في سجل عام . وقد أجازت الماده (٨٥٥) للمالك ان يرهن المرهون عند مرتهن آخر بمقابل دين آخر انما اشترطت عليه ان يخبر الدائن الأول بأنه رهن الرهن عند غيره وانه مستعد لفكه منه وتسليمه الى المرتهن الجديد . أما المرتهن الجديد فليس له رهن المرهون بدون اذن الراهن (مادة ٨٥٧) .

وقد اعتبرت المادة (٨٥٩) جميع الخسار الذي يحصل في الرهن وهو في يد المرتهن على الراهن الا اذا حصل بتعدي المرتهن وهذا مخالف للمجلة كما لا يخفى والسبب في ذلك هو ان القوانين المدنية لم تجعل لحق اليد قيمة سوى الحجز والتأمين خلافاً لقانوننا فأنه جعل تضمين الضرر بمقابل حق الحبس . واعتبر ان زوائد المرهون وأثماره مرهونة مع الرهن واذا انفصلت الأثمار وقطفت وخرجت من كونها من أجزاء الرهن المتممة وجب تسليمها الى الراهن (مادة ٨٦١) واذا تعدد الراهنون استوفوا حقوقهم على الترتيب التاريخي ولم يعتبر هذا القانون الشروط التي يشترطها الراهن والمرتهن المتضمنة تملك المرتهن للمرهون فيما اذا لم يدفع الدين في ميعاده (مادة ٨٦٣) وهذا يوافق الحقيقة والمجلة ايضاً لأن البيع بالشرط لا يصح بالشرط .

وقد أجاز هذا القانون رهن الديون على ما يظهر من المادة (٨٦٨) وهذا لا يوافق تشريعنا لأن الدين ليس بمال ويثبت في الذمة فلا يباع ولا يشترى ولا يقسم بين الشركاء . فلا يجوز رهنه لعدم امكان اعتبار ماليته الا ان توسع نطاق التجارة وكثرة الأحتياجات أوجبت على الأتراك ان يجاروا الامم المتمدنة في اقتصادياتهم واحتياجاتهم الى قبول مثل هذه الرهون وعندي ان الأتراك كان بأمكانهم ربط الديون بسندات واحالتها للدائنين بطريق الجيرو وبذلك يصل الدائن الى دينه ويتخلص المديون من نتائج عقود ربما احوجته الى نزاع بينه وبين المرتهن ولا

يقال بأن الدائن ربما لا يرغب بأخذ السند بطريق الحوالة على مدين مدينه باعتقاده عدم ملائته لأن الحوالة على هذا الوجه تتضمن الكفالة ايضاً فلا يخلص المدين الأول من المطالبة وهي اقوى من الحوالة والرهن من هذه الجهة .

وقد قبل هذا القانون رهن السندات بطريق الحوالة وتسليم السندات اذا كانت محررة لأمر الحامل كما صرحت بذلك المواد ٨٦٩ و٩٧٠ ولا تجري هذه القاعدة في قانوننا لعدم امكان تمليك الدين لغير من عليه الدين .

وقد اعتبر هذا القانون العمل بالأدانة كمهنة واوجب على المشتغلين بها ان يستحصلوا على اذن من الحكومة واجاز للدائن بيع المرهون عند حلول اجل الدين بمعرفة دوائر الأجراء اذا تمنع المديون من الدفع رغم انذاره من الدائن واذا زاد شيء عن الدين اخذه الدائن (راجع المادتين ٨٧٦ و٨٨٣) .

***

الفصل الثاني

في ما يتعلق بالرهن من قانوني الرهون

ان المجلة وضعت للرهون ولبيع الأموال الغير المنقولة بطريق البيع الوفائي قيوداً وشروطاً يعسر تطبيقها في المعاملات الجارية بين الناس في زماننا استناداً الى الأقوال الراجحة ولما ان علمت الحكومة التركية ان المجلة لا تفي في المقصود في زماننا وضعت قانون الرهون كقانون خاص دون ان ترجع الى كتب الفقه الطافحة بمثل هذه الأقوال التي وضعتها في القانون المذكور او ما يقرب منها فقد ورد في قانون وضع الأموال الغير المنقولة رهناً بمقابل الدين تجويز رهن الحصة الشائعة من الأملاك والأراضي الأميرية والموقوفة والمستغلات والمسقفات الوقفية وهذا موافق لأحد الأقوال الفقهية وان خالف المجلة لأن المجلة نظرت الى الرهن من حيث الحبس ووضع اليد والحصة الشائعة لا تسلم ولا تحبس وقد أوجب هذا القانون اجراء المعاملات المتعلقة بالرهن لدى دوائر التمليك وامر بلزوم العمل بهذه الأسناد بدون بينة لأن أسناد التمليك وقيودها اعتبرت في قانون التصرف في الأموال الغير المنقولة مقبولة بدون بينة واعتبر هذا القانون الزوائد في المرهون كالشجر والبناء مرهونة مع الرهن وحيث كان الرهن بموجب هذا القانون معتبراً بيد الراهن لا بيد المرتهن لذلك فقد جعل هذا القانون التالف على الراهن لا على المرتهن وقبل ايضاً دور

المرهون من يد الى اخرى بطريق الحوالة — الجيرو — وهذه قاعدة لم تكن موجودة في المجلة لأن الديون ثابتة في الذمة فلا تباع ولا تنقل من ذمة الى اخرى وكذلك قانون الرهون الجديد قد احدث انقلاباً عظيماً في عالم الاقتصاد حتى صارت الأدانة في هذه البلاد كمهنة خاصة وصار اصحاب النقود يفضلون الرهون على شراء الأملاك لما هنالك من السهولة في تنمية رؤس الأموال ولما يجده اصحاب الأملاك من الصعوبات في معاملات المستأجرين سيما بعد تشكيل لجان الأيجار في بلادنا وصدور قراراتها التي لا توافق المجلة ولا قانونها الخاص وحيث اننا قد بحثنا عن القانونين المذكورين في آخر كتاب البيوع بحثاً مفصلاً ونشرنا متنهما فعلى من اراد التوسع في هذا البحث ان يراجع المحل المذكور .

— انتهى —



الكتاب السادس

(في الأمانات و يشتمل على مقدمة وثلاثة أبواب)

المقدمة

(في بيان الأصطلاحات الفقهية المتعلقة بالأمانات)

ان جمهور الفقهاء ذكروا كل نوع من الأمانات في كتاب على حدة حسبما يختص به من الأحكام اي ما يكون امانة بذاته او ضمن عقد آخر ولذلك نرى ان الأمانات مبعثرة في كتبهم ما عدا ابن نجيم فأنه جمع في أشباهه الأمانات في كتاب واحد وهكذا المجلة فأنها حزت حزوه ونعم ما فعلت .

الأمانة تنقسم الى ثلاثة اقسام الأول معاملة الأنسان مع الخالق عز وجل والثاني معاملته مع العباد والثالث معاملتة مع نفسه وفي كل قسم من هذه الأقسام يجب على الأنسان ان يكون مأمونا على ما سلم له و كلف به أما الأمانة المقصودة في هذا الكتاب فهي الأمانة التي تعود الى القسم الثاني وقد ذكرت بصيغة الجمع لأنها تشمل الأمانة واللقطة والوديعة والعارية .

فالأمانة وان كانت تشمل المال المأجور في يد المستاجر والمال المشترك في يد الشريك ومال الوقف في يد المتولي ومال اليتيم في يد الحاكم والولي والوصي الا أن المجلة لم تبحث في هذا الكتاب عن ذلك واقتصرت على اللقطة والوديعة والعارية لأن لباقي المسائل كتباً ومباحث خاصة بها .

مادة ٨٦٢ [الأمانة] لغةً بمعنى الأمين واصطلاحاً [هي الشيء الذي يوجد عند من يتخذ أميناً] سواء كان هذا الاتخاذ حقيقياً كالأمين اذا سلم المال او حكمياً كالقيط

يحفظ اللقطة والجار الذي يحفظ مال جاره الذي يسقط لداره لان الشرع جعل اللقيط والجار امينين ولا عبرة لعدم استلامهما المال من صاحبه ولعدم اتخاذهما امناء من رب المال [سواء كان امانة بعقد الأستحقاق كالوديعة] والاولى بنا ان نقول وهي الوديعة بدون كاف التشبيه لأن الأمانة التي تودع بقصد الاستحفاظ هي الوديعة فقط ·

[او كان امانة ضمن عقد] كالمبيع المسلم بأذن البائع في البيع الباطل [كالمأجور والمستعار]والمرهون ومال المضاربة ومال الشركة ومال الموكل في يد الوكيل لأن المستأجر والمستعير لهما الانتفاع بمنافع المال الذي في يدهما وما الأمانة الا ضمن عقد الأيجار والعارية·

[او دخل بطريق الامانة في يد شخص بدون عقد ولا قصد كما لو القت الريح في دار احد مال جاره فحيث كان ذلك بدون عقد فلا يكون وديعة بل امانة فقط]

يتضح مما ورد في هذه المادة وشرطها بأن الأمانة اعم والوديعة اخص فالوديعة والمأجور والمستعار جميعها امانات اي كل مودوع ومأجورومستعار أمانة وليس كل امانةوديعة كقولنا كل انسان حيوان وليس كل حيوان انسانًا و بعبارة اوضح نقول ان كل مال سلم بقصدالاستحفاظ هووديعة وامانة اما مالم يسلم بطريق الأستحفاظ كالثوب الذي يلقيه الهواء لدار الجيران فهو امانة لا وديعة وتفترق في بعض الأحوال الوديعة والأمانة حكمًا من حيث الضمان فالمستودع والوكيل بالبيع والأيجار والأستئجار والمضارب والمستصنع والشريك في شركة العنان والمفاوضةومستعير الرهن يبرؤن من الضمان اذا عادوا الى الوفاق بعد التعدي اما الأمين في باقي الأمانات فلا يبرأ من الضمان اذا عاد الى الوفاق بعد التعدي بل تبقى يده يد ضمان الى ان يسلم المال سالمًا الى صاحبه ·

مادة ٧٦٣ [الوديعة هي المال الذي يوضع عند شخص لأجل الحفظ]

وقد قيدت بعض كتب الفقه هذا التعريف بكلمة (فقط) بقصد أخراج العارية لأن الوديع لا ينتفع بالمال المودوع خلافًا للمستعير ألا اننا أذا قلنا أن الحفظ في العارية هو المقصود بالذات وفي باقي الأمانات مقصود بالتبع جاز لنا الا كتفاء بهذا التعريف ·

مادة ٧٦٤ [الأيداع] والأستيداع [هو أحالة المالك محافظة ماله لآخر ويسمى المستحفظ مودعاً بكسر الدال والذي يقبل الوديعة وديعاً ومستودعاً بفتح الدال]

سواء كان ذلك صراحة كقول المودع اودعتك مالي هذا او دلالة كمن مر في الطريق ورأى وعاء يقطر منه السمن فأخذه وحفظه بغياب صاحبه يكون أميناً وليس له بعد ذلك تركه كما كان واذا تركه وتلف يضمن (تكملة) • واذا لم يأخذ الوعاء من محله او اخذه واعاده لمكانه الأول بحضور صاحبه وتلف لا يضمن (بحر) •

واذا سئلنا بأن المجلة عرفت الايداع بأحالة المالك ماله لآخر وهذا التعريف لا يشمل الوديعة التي اودعت من الوديع عند وديع آخر بأذن المودع لأن الوديع الأول اودع مال غيره لا ماله والشريك اذا اودع مال الشركة على ما جاء في المادة ١٣٧٩ من المجلة يكون قد اودع ماله ومال شريكه وللمستودع حفظ الوديعة بمعرفة امينه على ما جاء في المادة ٧٨٠ وهذا كله يخرج عن تعريف هذه المادة •

فنقول جواباً على السؤال الأول أن المستودع اذا اودع الوديعة من غيره بأذن صاحبها يكون المودع هو المودع الأول لا المودع الثاني على ما جاء في المادتين ١٤٦٠ و١٤٦٢ والمستودع رسول بينهما ونجيب على السؤال الثاني والثالث بأن ايداع المستودع هو بأذن المودع دلالة والمستودع رسول كما مر ذكره •

مادة ٧٦٥ [العارية هي المال الذي تملك منفعته لآخر مجاناً اي بلا بدل ويسمى معاراً ومستعاراً ايضاً]

وقد اختلف الفقهاء بتعريف العارية فالأمام الشافعي والأمام الكرخي قالا بأنها أباحة مطلقة بدليل انعقادها بلفظ الأباحة وعدم اشتراط ذكر المدة فيها خلافاً للتمليك فأنها تحتاج لبيان المدة كالأجارة (راجع المادة ٤٥٢)

ولأن النهي عن العمل يؤثر في العارية ولا يؤثر في الأجارة ولأن المستعير ليس له ايجار ما استعاره خلافاً للمستأجر فأنه يؤجر المأجور فيما لا يختلف استعماله بأختلاف المستعلمين (راجع المادة ٤٢٨) • وقال غيرهما من العلماء بأن الأعارة تمليك واستدلوا على ذلك بما يأتي :

اولاً : أن الأعارة لو كانت اباحة لماجاز لمستعير أن يعير المال المعار الى غيره لأن المباح له ليس له أن يبيح ما ابيح له لغيره كمن ابيح له تناول الطعام فأنه ليس له اطعام غيره اما المستعير فله اعارة المال المعار الى غيره (راجع المادة ٨١٩)

ثانياً : الأعارة تعقدبلفظ التمليك وهذا دليل على انها تمليك لا أباحة ٠

وقد يجاب على ما قالوا بأن الأعارة أباحة بما يأتي : فالجواب على قولهم بأن الأعارة اباحة وتنعقد بلفظ الأباحه هو أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني: ويجاب على قولهم الثاني القائل بأن الأعارة عقد غير لازم لعدم تعيين المدة بأن جهالة المدة في الأعارة لا توجب النزاع وكل عقد لا نزاع فيه لا يكون فاسداً كبيع المحصول الذي لا يحتاج للتسلم والتسليم اما الأجارة فهي معاوضة وعقد لازم وجهالة المدة فيها توجب النزاع ولذا فالمجلة قيدت المنفعة في الأجارة (بالمعلوم) ولم تقيد المنفعة في هذه المادة بهذا القيد ٠

ونجيب على قولهم الثالث بأن العارية عقد غير لازم فللمعير الرجوع عنها متى شاء على ما جاء في المادة (٨٠٦) لذلك فالنهي فيها معتبر لأنه رجوع ٠

ونجيب على قولهم الرابع بأن عدم جواز ايجار المستعار ناشيء عن لزوم ما لا يلزم وعن عدم لزوم ما يلزم والا لا لكونه ليس تمليكاً حتى ان المال المستعار يعار على ما جاء في المادة٨١٩ وهذا يثبت لنا كون الأعارة تمليكاً ٠

ويجب ان تعقد العارية مجاناً على ما جاء في هذه المادة وهذا قيد يحترز به من الأجارة ويجب ايضاً ان يكون مايملك بالعقد هو المنفعة لا العين على ما جاء في هذه المادة وهذاالتقييد يخرج الرهن والقرض والبيع والعين الموصى بها من تعريف الأعارة فيكون التعريف جامعاً لأفراده مانعاً لاغياره٠

وفي الهندية اذا اعار رجل عرصة لآخر بناء ينشيء فيها بناء لنفسه ويسكنه بدون اجرة وبدون مدة وعندما يخرج المستعير من العرصة يكون البناء لصاحب العرصة ففعل وعمر يكونان عقدا اجارة فاسدة لا عارية ولا يستحق المؤجر الاجر مثل العرصة ويكون البناء للمستأجر٠ وكذا اذا اشترط دفع ضرائب المال المستعار من مال المستعير تصير الأعارة اجارة فاسدة واذا تعين مقدار الضرائب وذكر في العقد تكون الأجارة صحيحة٠

وتجوز اعارة جميع المال وجزؤه الشائع للشريك ولغيره سواء كان قابلاً للقسمة او غير قابل

للقسمة ويجوز اعارة المال الواحد الي شخصين مختلفين ببيان حصة كل منهما وتفصيلهااو باجمالها والفرق بين الأجارة والأعارة في ذلك ظاهر لأن الأجارة عقد معاوضة والأعارة مبنية على المسامحة · واذا سئلنا بأن الوصية بالمنفعة كقول الموصي اذا مت فليسكن زيد في داري سنة تدخل في تعريف العارية لأنها تمليك المنفعة ولذا فهذا التعريف لا يمنع اعتباره نقول ان العارية هي تمليك المنفعة في الحال والوصية المذكورة هي تمليك المنفعة في المآل والفرق بينهما ظاهر ·

واذا سئلنا عن صاحب حق المرور المجرد بدون الطريق اذا وهب حق مروره لصاحب العرصة ومالك الطريق تصح هبته وتكون اسقاطاً وتدخل في تعريف العارية · نقول بأن القصد من التمليك هو التمليك بطريق الجواز لا بطريق اللزوم فهبة حق المرور على هذا الوجه تكون ابدية خلافاً للعارية فأنها عقد غير لازم وللمعير الرجوع في هبته متى شاء ·

مادة ٨٦٦ [الأعارة اعطاء الشيء عارية والذي يعطيه يسمى معيراً] ·

وقد عرفها الفقهاء في كتبهم (الأعارة تمليك المنفعة بلا بدل) وهذا اقرب من تعريف المجلة لأن تعريف المجلة يفهم منه تمليك العين لا تمليك المنفعة وتمليك العين بيع لا اعارة الا ان المجله قيدت تعريفها هذا بكلمة عارية وكان الأولى بها ان تعرفها بما عرفها به الفقهاء ·

مادة ٧٦٧ [الأستعارة اخذ العارية ويقال للآخذ مستعير]

وقد اغفلت المجلة تعريف اللقطة وقد عرفناها في شرح المادة ٧٦٩

***

« الباب الأول »

(في بيان احكام عمومية تتعلق بالأمانات)

مادة ٧٦٨ للأمانات قاعدتان الأولي : [الامانة لا تكون مضمونة] على الأمين [يعني اذا هلكت او ضاعت بلا صنع الأمين ولا تقصير منه فلا يلزمه الضمان] سـواء وقع التلف بسبب يمكن التحرز منه كالسرقة او بسبب لا يمكن التحرز منه كالحريق وسواء تلف مال ألأمين مع الأمانة ام لا وسواء اشترط الضمان على الأمين ام لم يشترط ٠وهذا يشمل الأمانات بجميع انواعها فقد ورد في المادة ٢٩٨ من المجلة بأن المال الذي اخذ على سوم الشراء بدون تعيين الثمن هو امانة المشترى وكذا المال المقبوض على سـوم النظر واخذ المالين المقبوض بخيار التعيين والمال المقبوض بنتيجة بيع باطل في يد المشتري وما زاد عن الدين من قيمة المال المباع في بيع الوفاء في يد المشتري والمأجور في يد المستاجر فيه في يد الأجير وما زاد عن الدين من قيمة المال المرهون واللقطة فى يد الملتقط والوديعة في يد المستودع والوديعة في يد امين المستودع وفي يد امين المستودع الذي سلمه الوديعة ليردها لصاحبها والوديعة في يد وارث الوديع او وصيه بعد وفاته وزوائد المغصوب في يد الغاصب والمال المقبوض بطريق الاكراه في يد المشتري المكره ومال الشركة في يد احد الشركاء وحصة الشريك الآخر في يد شريكه في شركة الأموال ورأس المال في يد المضارب والمال المقبوض في يد الوكيل بجهة الوكالة او الرسالة والمال (العين) في يد الموصى له الذي اوصى له بمنفعتها جميعها امانة راجع المواد ٢٩٩ و٣١٨ و٤٠١ و٦٠٠ و٦١٠ و٧٦٩ و٧٨٠ و٧٩٥ و٨٠١ و٩٠٣ و١٠٠٦ و١٠٨٧ و١٣٥٠ و١٤١٣ و١٤٦٣ من المجلة٠ يستثنى من هذا مثال المادة ٧٧٧ اذ قيل فيه لو وقع شيء من يد الوديع على الساعة المودوعة يضمن ٠

القاعدة الثانية : اذا تلفت الأمانة بصنع الأمين وفعله او بتقصيره بالحفظ او بمخالفته لأمر صاحبها المعتبر شرعاً فالأمين ضامن كالمشتري في بيع الوفاء اذا تعدى على المال المباع وتلف في يده وكذلك المأجور اذا تلف بتعدي المستاجر او بمخالفته لأمر المؤجر المعتبر شرعاً يضمنه المستأجر ٠ وكذلك الأجير يضمن اذا خالف امر المستاجر ٠ وكذلك الكفالة فأذا كفل

المكفيل اداء المال من مال المكفول المعين الذي في يده ثم سلم المال الى المكفول يضمن · وكذا تلف الرهن في يد المرتهن بتعديه وتلف الوديعة في يد الوديع والمأجور بتقصيره او بتعديه وتلف العارية بتعدي المستعير وتلف مال الشركة في يد الشريك والمضارب وتلف مال الموكل في يد الوكيل بالتعدي كل ذلك موجب للتضمين على ماجاء في المادتين ٤٠١و٥٤٥ وما يليهما والمادة ٥٧١ وما يليها والمواد ٦٥٠و٧٥٩و٧٥٤و٧٧٩و٨١٤ ومايليها والمادتين ١٠٨٧و١٣٧٩ وما يليهما والمادة ١٤١٥ وما يليها والمادتين ١٤٣٠و١٤٩٤ من المجلة ·

مادة ٧٦٩ من اخذ مالا يملكه لنفسه يكون بحكم الغصب سوآء اخذه عن علم اوعن جهل (هندية) ·

فمثال من أخذ المال عن علم هو [اذا وجد رجل في الطريق او في محل آخر شيئاً فأخذه على سبيل التملك يكون حكمه حكم الغاصب] سواء كان صاحبه معلوماً او غير معلوم لأن اخذه المال على سبيل التملك ممنوع (رد المحتار) · وقد قيل بان الآخذ هو بحكم الغاصب لأن الغصب هو اثبات اليد المبطلة وأزالة اليد المحقة وهنا لم يزل الآخذ اليد المحقة فصار بحكم الغاصب لا غاصباً ·

[وعلى هذا اذا هلك المال او ضاع ولو بلا صنع او تقصير منه فيصير ضامناً] ·

ولا يخرج من حكم الغاصب حتى ولو أعاد المال الى المكان الذي اخذه منه ما لم يرده ويسلمه لصاحبه (راجع المادة ٨٩٢) ·

وكذا مثال من اخذ المال عن جهل : أذا دخلت غنمة زيد بقطيع عمرو فظنها عمرو انها له واخذها وتلفت يضمن · وكذا اذا دفع المستودع ثوب الوديعة الى ربها ناسياً فيه ثوبه فأخذه المودع لنفسه بعد العلم وتلف في يده يضمن واذا لم يأخذه لنفسه لا يضمن ·

[واما لو أخذه على أن يرده لمالكه فأن كان مالكه معلوماً كان في يده أمانة]

كالمال الساقط من السكران اذا أخذه احد المارة بنية رده لصاحبه وكذا المال المدفون في جدار الدار المباعة هو في يد المشتري أمانة و يرد للبائع الا اذا قال البائع انه ليس له فيكون لقطة ·

ولا بد من ان يكون المال المأخوذ ضائعاً من صاحبه فأذا كان متروكاً قصداً واخذه آخر لنفسه لا يكون في حكم الغاصب كمن اخذ فضلات الكروم والبيادر التي القاها اصحابها والأثمار

القليلة التي توجد عادة في الأنهار لا تعد لقطة لجريان العادة بتركها من اصحابها أما الاخشاب والاحطاب التي تأتي مع المياه فتعد لقطة اذا جهلت اصحابها والا تكون لأصحابها ٠

[ويلزم تسليمه الى مالكه] واذا تلف بدون تعدٍ وتقصير لا يلزم فيه الضمان ٠

وقد اختلف الفقهاء في المال المجهول الصاحب فقال بعضهم انه ليس بلقطة فلا يحتاج الذي وجده للأشهاد والأعلان على ما جاء في المادة (٧٧٠) وقال الآخرون بأن هذا المال وان كان لقطة الا انه لا يحتاج الى اعلان أما المجلة فقد اختارت القول الأول كما يفهم من عبارة هذه المادة ٠

[وان لم يكن مالكه معلوماً فهولقطة ويكون في يد ملتقطه اي آخذه أمانة ايضاً]

واذا كان الآخذ اكثر من واحد يكونون ملتقطين معاً ٠

اللقطة — اللقطة من المسائل التي بحثت عنها كتب الفقه بتفصيل تام الا ان المجلة اقتصرت أبحاثها فيها اقتصاراً غريباً لذلك لا بد لنا من بيان تعريفها وأركانها وشرائطها وحل اخذها وبيان الأشهاد والأعلان ومحل الأشهاد فيها وأعادتها الى المحل الذي اخذت منه وزمان الأعلان ومدته ومقداره وصورة تسليمها الى من يدعي مالكيتها والحكم فيما اذا ظهر صاحبها بعد التسليم لغيره وما يجب اجراؤه فيما اذا لم يظهر صاحبها ونفقتها ٠

(١) اللقطة : هي المال المضاع الذي وجد ولم يعلم صاحبه ولم يكن مباحاً سوآء ضاع من صاحبه او من المستعير والمستأجر والغاصب وسوآء كان سبب الضياع هو السقوط بدون علم او كان ناشئاً عن نوم وفرار او ترك بسبب ثقل الحمل ٠ ويظهر من هذا ان صاحب المال اذا كان مجهولاً كان المال لقطة والا فلا ٠ ويجب ان يكون المال ضائعاً فالمال المأخوذ من دار صاحبه او من الرعيان في البادية والمراعي هو مال مغصوب ومسروق لا لقطة ٠ وكذا يجب ان يكون المال ضائعاً لا متروكاً لأن المال المتروك كالنقود التي تلقى على رأس العروس في الولائم مباح لا لقطة ٠ وكذا أثمار الأشجار المغروسة بالأراضي المتروكة للعامة مباحة لا لقطة ٠ ويجب ان لا يكون المال مباحاً كالغنائم الحربية فأنها مباحة لا لقطة ٠ ويجب ان يكون الضائع مالاً لا لقيطاً (شخصاً) فلا يقال للولد لقطة بل لقيط ٠

(٢) أركانها : الملتقط والملقوط واللقطة ٠

(٣) شرائطها : كون الملتقط عاقلاً فأذا كان الملتقط عاقلاً وضاعت منه اللقطة واخذها

غيرها فله استردادها منه وصرفها باحتياجاته اذا كان فقيراً لأن يده اسبق من يد الثاني واذا كان الملتقط صبياً مميزاً يصح التقاطه ويجري وليه او وصيه الأعلان والاشهاد حسب ولايته او وصايته عليه . ولا يصح التقاط المجنون والسكران والمعتوه والمدهوش فأذا التقط المجنون مالاً وأخذه منه غيره ثم أفاق المجنون من جنونه لا يسترد المال من الآخذ لعدم صحة التقاطه في حال الجنون .

(٤) حل اخذها : وقد اختلف الفقهاء في حل اخذها فقال بعضهم انها مال الغير فلا يجوز وضع اليد عليها بدون اذن صاحبها ولا يكون وضع اليد عليها حلالاً (راجع المادة ٩٦) . وقال بعضهم بجواز الأخذ على هذا الوجه واستندوا بذلك الى الحديث القائل « من أصاب لقطة فليشهد ذا عدل » وقال بعضهم بوجوب تركها في موضعها لأن صاحبها لا يتحراها الا في الموضع الذي أضاعها فيه . ويجوز اخذ اللقطة من مكانها سواء كانت دابةً او متاعاً او حلياً او نقودا لأن اخذها صيانة لها من الضياع وحفظ مال الناس من الفضائل المندوبة انما يجب الأعلان والأشهاد على اعادتها لصاحبها ويجوز تركها في محلها كما قلنا وليس للملتقط اخذها ورفعها من مكانها اذا كان غير امين من نفسه لحرصه وطمعه ولأمكان استهلاكها الا اذا كانت من الفضلات المباحة فله أخذها في كل الأحوال واستهلاكها واذا وجد صاحبها استردها لأن للمبيح ان يرجع عن اباحته .

(٥) الاشهاد والأعلان : ويشترط في اللقطة لأجل ان تكون امانة في يد الملتقط ثلاثة شروط الأول رفعها على ان ترد لصاحبها والثاني الأشهاد عند الألتقاط والثالث الأعلان بعد الألتقاط وبما ان المجلة سكتت عن ذكر الشرط الثاني فنقول ان الملتقط لا بد له من اشهاد شاهدين عدلين حين الالتقاط يشهدهما بأنه اخذها ليردها لصاحبها عند الظفر به ولا يشترط بيان جنسها ونوعها حين الأشهاد ومتى توفرت هذه الشروط في اللقطة كانت امانة فلا يضمنها الملتقط اذا تلفت في يده بدون تعدٍ او تقصير . ويضمنها اذا تلفت بتعدٍ وتقصير واذا تمنع من تسليمها الى صاحبها وامسكها وتلفت في يده بعد الأمساك ويجب فيها الاعلان بعد الأشهاد ولا يكفي الأعلان بدون الأشهاد .

(٦) محل الأشهاد : هو محل وجود اللقطة واخذها فأذا أخذها بدون الأشهاد وتلفت في يده يضمن ولو كان غير متعد الا اذا وجدها في صحراء ولا شاهد فيها او كان في اطرافه اناس يغصبونها منه لو اشهد عليها لأن الاشهاد جعل لصيانة المال والصيانة مفقودة فيما ذكر ويصدق

الملتقط بقوله مع اليمين وإذا كان عدم الأشهاد ناشئاً عن عدم وجود الشهود في محل اللقطة فله اجراء الاشهاد حين الظفر بالشهود الا اذا اقرّ صاحب اللقطة بأن الملتقط اخذ اللقطة ليردها له ولو لم يشهد على اخذها او ادعى الملتقط بأنه اخذها ليردها — فهو ينكر الضمان — وادعى صاحبها بأن الملتقط اخذها للتملك فيصدق اللقيط بقوله (راجع المادة ٨) وهذا ماراه ابو يوسف ورجحته كتب الفقه خلافاً للطرفين فأنهما قالا بضمان الملتقط اذا لم يشهد حين الأخذ وبما ان المجلة تركت الأشهاد ولم تبحث عنه اصلاً يقال بأنها اختارت القول الأول . وإذا ادعى صاحب المال بأن ذا اليد قد اغتصب المال منه وادعى ذو اليد اللقطة وكان المال تالفاً يضمنه واضع اليد بالأتفاق وإذا رفع الملتقط اللقطة من محلها وأعادها له وتركها يضمن قيمتها اذا تلفت على القول الراجح لانه برفعها وجب عليه حفظها وإذا رآها وتركها في محلها وتلفت لا يضمن .

(٧) : ولا يشترط الأعلان وقت اخذ اللقطة ويجوز اجراؤه بعد اخذها على شرط وقوعه قبل تلفها ولا يمكن تعيين الوقت الواجب فيه الأعلان لأن ذلك يختلف باختلاف اللقطة لأن من المال ما يبقى ومنه ما هو متسارع الفساد والمدة تختلف في ذلك وإذا اعلن الملتقط مرة فلا يجب عليه الأعلان مرة ثانية وثالثة .

(٨) : وإذا ادعى احد بأن اللقطة له واثبت دعواه بالبينة تعطى له وكذا اذا بين أوصاف اللقطة وأشكالها وإذا كانت نقوداً بين مقدارها وجنسها ونوعها والكيس الذي هي فيه يمكن للملتقط ان يسلمها له وإذا تمنع من تسليمها بدون البينة لا يجبر . وإذا ادعاها اثنان وبينا أوصافها يمكن لمن التقطها تسليمها لهما مشتركاً بدون اجبار ايضاً وله ان يطلب من مدعيها الكفيل على التسليم بالتوصيف وإذا ادعى المدعي ملكية اللقطة واقر له الملتقط بدعواه لا يجبر على تسليمها له لأن الأقرار لا يعتبر في ملك الغير وإذا اعطى الملتقط اللقطة للمدعي على ما بين في الصورة الثانية والثالثة لا ينجو من الضمان بالنسبة لصاحبها .

فإذا سلم الملتقط اللقطة الى مدع على ما جاء في الصورة الثانية والثالثة ثم ظهر صاحبها واثبتها يأخذها عيناً ان كانت موجودة او يضمن قيمتها الى الملتقط او الى المستلم وإذا ضمن الملتقط رجع على القابض اما اذا ضمن القابض فلا يرجع على الملتقط لان اقرار الملتقط قد كذب بحكم الحاكم وقال بعضهم بان الملتقط يرجع على القابض بالوجه الثاني ولا يرجع عليه بما ضمنه بالوجه الثالث وإذا اقر الملتقط باللقطة الى مدع ولحق هذا الاقرار حكم حاكم بالتسليم وسلم ودلمكت لا يضمن .

(٩) : واذا لم يظهر صاحب اللقطة بعد الأشهاد والأعلان في المدة المدرجة في المادة ٧٧٠ فالملتقط بالخيار ان شاء حفظها حال حياته واوصى بحفظها بعد وفاته الى ان يظهر صاحبها كي لا يقتسمها الورثة وان شاء سلمها لبيت المال ليسلهما لصاحبها عند ظهوره وان شاء سلمها للحاكم والحاكم يحفظها او يقرضها لغني او يتاجر بها بمعرفة ملي لحساب صاحبها « واذا كانت اللقطة ممايفسد فللملتقط وللحاكم بيعها وحفظ ثمنها واذا باعها الحاكم ليس لصاحبها فسخ البيع واذا لم يبعها الملتقط وتلفت لا يضمن ولو كانت من الاشياء المتسارعة الفساد » وان شاء تصدق بها على فقير على ان يكون ثواب الصدقة لصاحبها وليس له التصدق بها لغني ولا لولد الغني واذا كان الملتقط فقيراً صرفها على نفسه او على ولده الفقير ولا يحتاج بذلك لأذن القاضي على القول المفتى به ٠ واذا ظهر صاحبها واجاز التصدق ولو بعد هلاك المال جازت الصدقة وكان ثوابها لصاحبها — لأن اجازة الصدقة مستثناة عن العقود الموقوفة — ولا تجوز اجازة الولي والوصي اذا كان صاحب اللقطة صغيراً (راجع المادة ٨٠٩)٠واذا لم يجز صاحب اللقطة صدقة الملتقط يسترد المال اذا وجد عيناً والا فله تضمين الملتقط او القابض لأن الملتقط تصرف في ملك الغير بدون اذنه والقابض هو المستهلك ويضمن الملتقط ايضاً ولو مأذوناً من الحاكم ولو صرفها على نفسه ٠ وبما ان الشارع قد اذن بالتصدق والأذن غير الوجوب فلا يقال بأن هذا الاذن منافٍ للضمان على ما جاء في المادة (٩١) لأن الاذن وثبوت الملك لا يمنع الرد كما هو الحال في الهبة والرجوع فلايقال بعدم تضمين الفقير ولو اخذ اللقطة صدقة بأذن الحاكم ٠

واذا ضمن احدهما لا يرجع على الآخر ولا يقال بأن الملتقط قد غرّ الفقير لأن الغرور لايثبت الا ضمن عقود المعاوضة (راجع شرح المادة ٦٥٨) ٠ وكذلك الملتقط لا يرجع على القابض بعد الضمان لأنه ملك اللقطة بالتضمين اعتباراً من وقت اخذها فيكون قد تصدق بماله ٠ وكذا الحكم بالحاكم فانه يضمن اللقطة اذا تصدق بها ولا يرجع بما ضمنه على الفقير ولا يرجع الفقير عليه اذا ضمن ايضاً ٠

واذا بيعت اللقطة بأذن الحاكم فليس لصاحبها فسخ البيع واذا بيعت بدون اذن الحاكم فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء ابطله واذا كان المبيع تالفاً في يد المشتري فصاحبها بالخيار ان شاء ضمن البائع وان شاء ضمن المشتري واذا ضمن البائع نفذ البيع واذا ضمن المشتري بطل البيع ورجع المشتري بالثمن المدفوع ٠

(١٠) نفقة اللقطة وجعلها : وليس للملتقط اخذ الجعل على اللقطة مهما كانت قيمتها ولو نادي صاحبها بذلك عند الحنفية وليس للملتقط الأنفاق على اللقطة بدون اذن الحاكم لقصور ولايته واذا راجع الحاكم واثبت اللقطة واستأذن بالانفاق فله ذلك وقد اجيز سماع البينة على الغائب للضرورة لأن البينة لا تسمع على الغائب وعلى غير المنكر ٠ واذا لم يبرهن الملتقط على اللقطة فللحاكم اعطاء الأذن معلقاً على شرط كون المال ملقوطاً اي يقول له الحاكم أذا كان هذا المال لقطة فأنفق عليه وذلك مخافة صدور الأذن بالصرف على المال المغصوب ولا بد من امر الحاكم بالصرف مشروطاً بالرجوع على صاحب المال لأن الأمر المطلق لا يخلو من التبرع واذا صرف الملتقط على اللقطة بأذن الحاكم كما ذكر عاد بما صرفه على صاحب المال عند ظهوره سواء صرف هذا المال من جيبه او استدانه وصرفه وسواء كانت اللقطة موجودة او تالفة في يد الملتقط واذا امسك الملتقط اللقطة رهناً في يده وتمنع من تسليمها لصاحبها لاستيفاء ما صرفه عليها وتلفت يسقط دينه كما هو الحال في الرهن عند زفر وهو القول الذي اخذ به الفقهاء ٠ واذا كانت اللقطة دابة تؤجر بأذن الحاكم و ينفق عليها من اجرتها و لا يصرف عليها بأمر الحاكم بشرط الرجوع على صاحبها واذا خيف من ضياع قيمتها بمقابل مصروفها تباع بأذن الحاكم و يحفظ ثمنها ٠

أما تبديل الحذاء في الازدحام فهو لقطة وتجري فيه احكامها واذا كان الحذاء المتروك اقل قيمة من المأخوذ مما دل على ان آخذه اخذه قصداً لا سهواً فيجوز للذي ترك له الحذاء القليل القيمة استعماله لرضاء من تركه بذلك ضمناً واذا كان المتروك اكثر قيمة من المأخوذ او كانت قيمتهما متساوية فيكون لقطة ٠

مادة ٧٧٠ [يلزم الملتقط ان يعلن انه وجد لقطة] في المجتمعات كأبواب الجوامع والمساجد والشوارع و بواسطة المنادين والجرائد [ويحفظ المال في يده امانة الى ان يوجد صاحبه واذا ظهر احد واثبت ان تلك اللقطة ماله لزمه تسليمها] وليس للملتقط طلب كفيل من الذي اثبتها واخذ حكماً بها ولا يجبر على تسليمها لمدعيها بدون الأثبات واذا سلم الملتقط اللقطة لمن ادعاها واثبتها وظهر صاحبها بعد ذلك فلا يلزم الملتقط ان يقيم الدعوى على الآخذ لأن الملتقط قد سلم المدعي به بعد الاثبات وحكم الحاكم ٠ وتسلم اللقطة ايضاً لمن بين جميع علاماتها

واشاراتها ولمن صدقه الملتقط بأنها له كما مر في المادة السابقة وليس للملتقط ان يتملك اللقطة لقوله تعالى (ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل)(واشهدوا ذوي عدل منكم) اما عدم القدرة على الأشهاد لغلبة الظن بأن يكون سبباً لانتزاع اللقطة فيسقط الأشهاد بالأتفاق .

مادة ٧٧١ [اذا هلك مال شخص في يد آخر] قضاء بدون تعد وتقصير او طرأ نقص على قيمته [فأن كان اخذه اياه بدون اذن المالك] سوآء علم بأنه مال الغير او ظنه ماله واخذه [ضمن بكل حال] .

وقد ورد الأخذ في هذه المادة مطلق والمطلق يجري على اطلاقه فاذا اعطى القصار مال زيد الى عمرو واستهلكه عمرو ظاناً انه ماله فلصاحبه تضمين القصار او الآخذ فأذا ضمن القصار رجع على المستهلك واذا ضمن المستهلك لا يرجع على القصار .

وكذلك الضمان فأنه موجود في كل الاحوال كما هو صريح كلمتي بكل حال سوآء كان التلف بتعد او بدونه .

[وان كان اخذ ذلك المال بأذن صاحبه لا يضمن لأنه امانة في يده] .

وهذه قاعدة قد فرع الفقهاء عنها مواد كثيرة من جملتها اذا استقرض المستقرض خمسين ليرة و بعد ان اخذها رأى عشرات ليرات زائدة فأفرز الزيادة وعادبها ليرجعها للمقرض فتلفت في يده في الطريق يضمن خمسة اسداسها لأنها قرض والسدس الباقي يتلف امانة وكذا الخمسون ليرة الباقية تعتبر اسداساً خمس اسداسها قرض والسدس امانة . وكذا الحكم بأداء الدين اذا ادى المديون الى الدائن سهواً اكثر مما عليه . وكذا الاموال المباعة بخيار التعيين في المبيع أحدها مبيع والباقي امانة . وكذا المال المقبوض بسوم النظر مطلقاً و بسوم الشراء بدون تعيين الثمن والمال المقبوض بأذن البائع بالبيع الباطل والمال المقبوض بالبيع بالوفاء والمأجور في يد المستأجر والمال في يد الأجير والمرهون في يد المرتهن فيما زادت قيمته عن الدين والامانات والودائع والعاريات ومال الشركة في يد الشريك والمضارب ومال الموكل في يد الوكيل كلها امانات لا يضمن واضع اليد عليها اذا تلفت بدون تعد وتقصير .

[الا اذا كان اخذه على سوم الشراء وسمي الثمن فهلك المال لزمه الضمان] .

ولو اشترط عدم الضمان . وكذا المال المأخوذ بالرهن والمال المسلم بالبيع اي اذا اخذ

المشتري غير المبيع سهواً فهو في حكم المال المقبوض بسوم الشراء والمال المقبوض على سبيل الوثيقة (اي الرهن) ·

[مثلاً اذا اخذ شخص أناء بلور من دكان البائع بدون اذنه فوقع من يده وانكسر ضمن قيمته واما اذا اخذه بأذن صاحبه فوقع من يده بلا قصد اثناء النظر وانكسر فلا يلزمه الضمان] · لأنه بالصورة الأولى غير مأذون و بالصورة الثانية مأذون بالقبض من صاحب المال · وكذا اذا دخل الى دكان السمان ومد رأسه في وعاء السمن فنزل دم من انفه فأذا كان النظر بأدن صاحبه لا يضمن والا اذا نظر بدون اذن صاحبه ينظر فأذا كانت المادة التي تنجست بالدم مأكولة يضمن · وكذا اذا دخل الحمام واستعمل الطاسة للغسل واعطاها لغيره وضاعت منهما او دخل دار احد بأذنه ونظر في مرآة صغيرة واعطاها لضيف آخر لينظر بها وضاعت او انكسرت فلا ضمان على احدهما وكذا اذا ذهب الأبن على دابة ابيه او الأب على دابة ابنه او الزوج على دابة زوجته او الزوجة على دابة زوجها الى الطاحون وتلفت الدابة قضاءً لا يضمنها الآخذ وكذا اذا أمر آخر بقضاء حاجة له في محل آخر فأخذ المأمور دابة الآمر وذهب بها حيث امره وتلفت الدابة لا يضمنها اذا كان لا كلفة بينهما والا يضمن · وكذا اذا مرض الحيوان المشترك فكواه احد الشريكين بأشارة من البيطار وتلف لا يضمن حصة شريكه لانه مأذون ضمناً بذلك ·

وكذا اذا قطع الراعي امله من حياة الشاة فذبحها لا يضمن واذا ذبح الحمار يضمن لانه غير مأكول اللحم ·

واذا ذبح احد الأثنين الغنمة والآخر قبض عليها واوثقها او طبخ احدهما الدجاجة والآخر اوقد النار تحتها فالضمان على الذابح والطابخ ·

واذا رأى دابةً سقط حملها فحملها وتلفت لا يضمن وكذا اذا كان اكل الهدية بغير وعائها يزيل لذتها فأكلها المهدى له وهي بوعائها وتلف الوعاء بدون تعدٍ ولا تقصير لا يضمن واذا كانت الهدية مما يؤكل بعد تفريغه بوعاء آخر ولا تذهب لذته كالأثمار فليس للمهدى له اكلها وهي بوعائها واذا اكلها وتلف الوعاء يضمن جميع قيمتها واذا كانت غير مأكولة يضمن نقصان القيمة فقط اذا نقصت قيمتها ·

[ولو وقع ذلك الأناء على آنية اخرى فانكسرت تلك الآنية ايضاً لزمه ضمانها فقط وأما الأناء الأول فلا يلزمه ضمانه لأنه أمانة في يده] ٠

اذا كان اخذه على سبيل سوم النظر او بأذن صاحبه كما قلنا لأن الآنية التي كسرت وهي في محلها قد كسرت ضمن فعله ٠

[وأما لو قال لصاحب الدكان بكم هذا الأناء فقال له صاحب الدكان بكذا قرشاً خذه فأخذه بيده فوقع للأرض فانكسر ضمن ثمنه وكذا لو وقع كأس الفقاعي من يد احد فانكسر وهو يشرب لا يلزمه الضمان لأنه أمانة من قبيل العارية وأما لو وقع بسبب سوء استعماله فانكسر لزمه الضمان] ٠

وقد وردت كلمة ثمنه في هذه المادة خطأ والأصح ان يقال ضمن قيمته لا ثمنه ٠

مادة ٧٧٢ [الأذن دلالةً كالأذن صراحةً وأما أذا وجد النهي صراحة فلا عبرة بالأذن دلالةً مثلاً أذا دخل شخص دار آخر بأذنه فوجد أناءً معداً للشرب فهو مأذون دلالةً بالشرب به فأذا أخذ ذلك الأناء ليشرب به فوقع من يده وهو يشرب فلا ضمان عليه] ٠

وكذا الأكل من الكروم فأذا كان الآكل صديق صاحب الكرم ولا مبالاة بينهما لا يضمن وألا يضمن ٠ وكذا اذا ذهب اثنان الى سفر فمات احدهما في الطريق فللآخر بيع أشيائه والصرف على تجهيزه وتكفينه ولو بدون اذن القاضي لأن أعادة الأشياء عيناً توجب كلفة زائدة ٠ [وأما اذا نهاه صاحب الدار عن الشرب به ثم أخذه ليشرب به فوقع من يده وانكسر فيضمن قيمته] ٠

وكذا أذا دخل داراً وشرب بأناء معدٍ للزينة لا للشرب وتلف يضمن قيمته ٠

« الباب الثاني »

(في الوديعة ويشتمل على فصلين)

الأيداع ثابت بالكتاب الكريم وهو قوله تعالى : « ان الله يأمركم ان تؤدوا الأمانات الى اهلها » وسبب نزول هذه الآية الشريفة هو ان عثمان بن طلحة رضي الله عنه كان يوم فتح مكة أخذ مفتاح الكعبة وصعد الى سطحها وامتنع من تسليمه الى احد فأخذه علي كرم الله وجهه منه جبراً ودخل الرسول (صلعم) وصلى ركعتين في الكعبة ثم طلبه سيدنا عباس عم النبي ليبقى في يده ويتشرف بالسقاية وخدمة الكعبة فنزلت الآية ورد المفتاح الى عثمان ثم لما هاجر عثمان الى المدينة أعطاه الى أخيه شيبة ٠

« الفصل الاول »

(في بيان المسائل المتعلقة بعقد الأيدع وشروطه)

مادة ٧٧٣ [ينعقد الأيداع بالأيجاب والقبول صراحة او دلالةً] قولاً او فعلاً او كتابةً ولا ينعقد بالأيجاب فقط لأن من واجب الوديع ان يحفظ الوديعة فأذا لم يقبل الحفظ نكون ألزمناه بما لم يلتزمه وهذا لا يجوز و ينعقد الأيداع بالأيجاب والقبول الصريح و بالدلالة و ينعقد بالأيجاب الصريح و بالقبول بالدلالة و ينعقد بالأيجاب بالدلالة والقبول الصريح ومثاله اذا ترك رجل ماله عند آخر ولم يقل شيئاً فقال صاحب الدكان قبلته وديعة أما امثلة باقي الأحكام فهي واردة في متن هذه المادة و ينعقد الأيداع ايضاً بالكتابة وهذا وجه خامس سكتت عنه المجله بالكلية ومثاله أذا طلب رجل من آخر اعطاءه ثوباً او عشرة دراهم فأعطاه ذلك يكون ما أعطى له وديعة لا هبة لأن الوديعة اقل وادنى من الهبة ٠

[مثلاً أذا قال صاحب الوديعة أودعتك هذا الشيء أو جعلته أمانة عندك فقال المستودع قبلت انعقد الأيداع صراحة] بالأيجاب والقبول الصريح ٠ واذا رد

المستودع الأيجاب وترك الوديعة صاحبها وذهب ولم يحفظها المستودع وتلفت لا يضمن اما اذا أخذها المستودع بعد الرد والترك لداره على سبيل جعلها ملكاً له وتلفت يضمن لأنه غاصب٠ وقد ورد في الذخيرة ان المستودع أذا لم يقبل الأيداع وتركها صاحبها واخذها المستودع ليردها لصاحبها وتلفت في يده يضمن٠ وقد اعترض صاحب الفصولين على قول الذخيرة هذا بقوله اولاً الغصب يحتاج الى ازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة وفي هذه المسألة لا يوجد يد للمالك فلا تكون هذه المعاملة والحالة هذه غصباً ٠ ثانياً ان المستودع اخذ المال بقصد أيداع ثان والأيداع مناف للضمان وجواباً على القول الأول نقول ان كل حال يساوي الغصب بأزالة التصرف هو من قبيل الغصب الحكي وجواباً على القول الثاني نقول ان حكم الغصب لا يختلف بالنية الا ترى ان من اخذ كيس النقود من جيب السكران بنية تسليمه له بعد افاقته يكون غاصباً (راجع المادة ٢ من القواعد الكلية) وجواباً على القول الثالث نقول ان المستودع قد رد الأيداع صراحة والصراحة اقوى من الدلالة ، لذلك لا ترد اعتراضات الفصولين على صاحب الذخيرة ٠ ويجب الضمان على من يرد الأيداع و يأخذه بعد ذلك ولذا فأذا اودع رجل ماله عند آخر في داره ولم يقبله المستودع وتلف في الدار لا يضمن اما اذا اخرجه من داره وأبقاه في الطريق يضمن لان الألقاء اتلاف الا اذا كان المودوع دابة فأخرجها لا يضمن لأن ادخال الدابة للدار ضرر واذا وجد احد دابة غيره في آخوره فأخرجها وتلفت يضمن ٠

[وكذا لو دخل شخص خاناً فقال لصاحب الخان اين اربط دابتي فأراه محلاً فربط الدابة فيه انعقد الأيداع دلالة] بالأيجاب والقبول واذا رجع صاحب الدابة ولم ير دابته وسأل صاحب الخان عنها فقال له ان شريكك او رفيقك اخذها ليسقيها وكان لا رفيق له حين الأيداع يضمن ٠ وفي التكملة اذا قال رجل لآخر ضع مالك الفلاني في داري هذه لكنني لاالتزم حفظه فوضعه كان وديعة عند صاحب الدار لأن الصريحين اذا تعارضا تساقطا٠

[وكذلك اذا وضع رجل ماله في دكان فرآه صاحب الدكان وسكت ثم ترك الرجل ذلك المال وانصرف صار ذلك المال عند صاحب الدكان وديعة] ،

واذا ترك صاحب الدكان الوديعة وذهب وتلفت يضمن اما اذا لم ير صاحب الدكان الوديعة

حين وضعها صاحبها فلا يكون مستودعاً ولا يضمنها اذا لم يحفظها لكنه ليس له القاءها في الطريق واذا القاها ضمن . وكذا اذا اعطى رجل آخر غنمة وطلب منه تسليمها الى الراعي فأخذها ولما لم يقبلها الراعي أعادها لصاحبها فتلفت في الطريق فلا ضمان على الرسول لأنه لم تنته رسالته لرد الراعي الغنمة ولا ضمان على الراعي لأنه لم يقبل الأيداع صراحة او دلالةً .

وكذا اذا خرج المستحم ولم يجد ثيابه فقال له صاحب الحمام ان غيره لبسها وذهب وانه ظنها له يضمنها لتقصيره في الحفظ اما لو قال له انه رأي رجلاً لبسها وذهب وظنه هو فلا يضمن لأنه لم يقصر في حفظها (تكملة) .

[واما لو رد صاحب الدكان الأيداع بأن قال لا أقبل فلا ينعقد الأيداع حينئذ] واذا تلف المال بعدئذ لا يضمنه صاحب الدكان . [وكذا اذا وضع رجل ماله عند جماعة على سبيل الوديعة وانصرف وهم يرونه وبقوا ساكتين صار ذلك المال وديعة عند جميعهم فأذا قاموا واحداً بعد واحد وانصرفوا من ذلك المحل فبما انه يتعين حينئذ الحفظ على من بقي منهم آخراً يصير المال وديعة عند الأخير فقط] .

واذا قاموا جميعاً وانصرفوا وتلف المال ضمنوه جميعاً واذا لم يروا المال حين وضعه صاحبه لا يكونون مستودعين ولا يضمنون . ولا فرق بين الأيداع ورد الوديعة فكما ان الأيداع ينعقد بوضع المال أمام المستودع على ما ورد في هذه المادة وشرحها فأن رد الوديعة يكون بوضعها امام المودع فقط وهذا مخالف لأداء الدين لأن المديون اذا لم يضع الدين في يد الدائن او في حجره لا تبرأ ذمته .

مادة ٧٧٤ الأيداع ليس بعقد لازم فللمودع استرداد الوديعة لأنه صاحبها وللمستودع ردها لأنه حفظها بدون اجرة بناءً عليه [لكل من المودع والمستودع فسخ عقد الأيداع متى شاء] وليس للمستودع الأمتناع عن تسليم الوديعة لصاحبها واذا امتنع وتلفت يضمن وليس له تأخير تسليمها بداعي انه يريد التسليم بحضور الشهود كما استلمها لأنه أمين ومصدق بيمينه ولا فائدة من تسليمه بحضور الشهود (راجع المادة ١٧٧٤) .

واذا كان الحفظ بمقابل اجرة كما هو حكم الفقرة الثانية من المادة ٧٧٧ تكون الوديعة اجارة ولا تفسخ الا بعد انقضاء المدة ٠

مادة ٧٧٥ [يشترط كون الوديعة قابلة لوضع اليد عليها وصالحة للقبض فلا يصح ايدع الطير في الهواء] لعدم امكان حفظه لأن وضع اليد فعلا او امكان وضع اليد يحتاج الى وجود المال والحيوان الفار والطير الطائر ليس بموجود ولا يمكن وضع اليد عليه لأن التكليف بالحفظ بدون الحيازة والقبض تكليف بما هو محال ولذلك كان على المجلة ان تقول : (فلا ينعقد) بدلاً من(فلا يصح)٠

مادة ٧٧٦ [يشترط كون المودع والمستودع عاقلين مميز ين] و يشترطان يكون المستودع مأذوناً [واما كونهمابالغين فليس بشرط فلا يصح ايداع المجنون والصبي غير المميز ولا قبولهما الوديعة واما الصبي المميز المأذون فيصح ايداعه وقبوله الوديعة)٠

واذا اودع المجنون والصبي الغير المميز ماله عند آخر واخذه يكون غاصباً لا مستودعاً ٠ واذا اخذ الصبي المأذون الوديعة وتوفي مجهلاً تؤخذ قيمتها من تركته كما هو الحكم في المستودع البالغ اما الصبي المميز المحجور فلا يكون اهلاً للأ يداع والأستيداع لأن اضاعة المال من عادات المحجور وقد سلمه المودع المال وهو عالم بعادته فقد رضي بأتلاف ماله فليس له مؤاخذته بعد ذلك (تكملة) ٠ واذا اخذ المحجور وديعته واطلع السارق على محلها فسرقها او رأى السارق وهو يأخذها ولم يمنعه لا يضمن ٠ وكذا اذا اودع المال عند صبي محجور وتوفي مجهلاً لا يضمن الا اذا اثبت صاحبها وجودها في يده بعد بلوغه وعند ابي يوسف والشافعي يضمن الصبي المحجور الوديعة اذا استلمهاوعند الطرفين لايضمن وهوالقول الراجح ٠ وكذا الحكم بأقراض الصبي المحجور المال واعارته فمختلف فيه عندهم وجميع هذه الأختلافات تكون فيما اذا سلم المال ألى المحجور بعقد اما لو اتلف المحجور ولو صبياً مال الغير يضمن قيمته من ماله لأن الحجر ينحصر بالأقوال لا بالأفعال وكذا اذا اودع الصبي المحجور مال غيره بدون اذنه عند صبي محجور آخر واتلفه فلصاحبه الخيار بتضمين ايهما شاء ٠والسبب لتضمين ماأتلفه الصبي بعد الأيداع ظاهر لأن صاحب المال سلط الصبي على ماله بقصد الأيداع ٠

الفصل الثاني

(احكام الوديعة وضمانها)

مادة ٧٧٧ (الوديعة أمانة في يد الوديع بناءً عليه أذا هلكت بلا تعد من المستودع وبدون صنعه وتقصيره في الحفظ) او سرقت (فلا يلزم الضمان) لأن الوديعة شرعت لحفظ المال فاذا ضمن المستودع تمنع من الحفظ وقلت الأمانات بين الناس وقد ورد في الحديث (ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان) بناء عليه لو اعطى احد مالاً لآخر لتسليمه الى شخص آخر معلوم ولم يسلمه اياه لأنه لم يره وتلف المال في يده لا يضمن · وكذا اذا هرب الفرس المودوعة من يد المستودع فقال للوديع احفظ هذا الفرس لديك الى ان اجد لك فرسك فيكون الفرس الثاني وديعة بلا يضمنها المودع اذا تلفت · وكذا اقرضه خمسين ليرة و بدلاً من ان يعطيه خمسين اعطاه ستين فأخذها المستقرض و بعد ان وصل لداره علم غلط المقرض ففرق العشر ليرات ورجع الى المقرض ليسلمه أياها فتلفت منه في الطريق فلا يضمن ألا خمسة اسداسها لأن الباقي وهو السدس امانة · و يقبل يمين المستودع بتلف الوديعة كلاً او بعضاً على ما جاء في المادة ١٧٧٤ · اما لو نكل عن الحلف فيعتبر نكوله اقراراً بوجود الوديعة في يده و يحبس الى ان يظهر الوديعة او يثبت تلفها وترجح بينة المستودع بتلف الوديعة اذا اقام المستودع بينة على دعواه التلف والمودع بينة على بقاء عين الوديعة · ولا يضمن ألمستودع قيمة نقص الوديعة اذا حصل نقص فيها وهي في يده · وكذا لا يضمن شيئاً اذا اتلفها شخص آخر · واذا اختلف المودع والمستودع بالأستهلاك فقال المودع انت استهلكت الوديعة بدون اذني وقال المستودع للمودع انت استهلكت الوديعة او استهلكها زيد بأمرك فالقول قول المستودع · وكذا اذا اخذ اولو الأمر مبلغاً من اهالي المدينة لأجل كرى النهر وودعه عند آخر وتلف فضمانه على اصحابه واذا اخذ هذا المبلغ من رجل معين وتلف في يد الوديع فأذا اودع بأسم صاحبه فضمانه على صاحبه واذا اودع باسم العموم فضمانه على العموم (راجع المادة ١٣٢١ و ١٤٦٠) وكذا اذا كان لزيد الف قرش عند عمرو فأعطاه عمرو الفا قرض وقال له امسك هذا المال بمقابل

مطنو بك وتلف لا يضمن المستودع شيئاً منه الا اذا اعطاه الألف الأولى بمقابل مطلوبه والثانية وديعة فتلفا تتلف الاولى من مال الدائن والثانية من مال المدين .

ولايفيد شرط الضمان اذا اشترط المودع على المستودع الضمان لأن الشرط باطل (راجع المادة ٨٣) . ولا يضمنها المستودع ولو تلفت وحدها دون ان تكون مختلطة في ماله وسواء تلفت بسبب يمكن التحرز منه او بسبب لا يمكن التحرز منه فيقبل يمين المستودع على ضياع الوديعة ولو لم يبين كيفية الضياع الا اذا قال بأنه تركها بجانبه لما قعد ثم نسيها وذهب فيضمن لأنه يكون قد قصر بحفظها .

[ألا أنه أذا كان الأيداع بأجرة على حفظ الوديعة فهلكت او ضاعت بسبب يمكن التحرر منه لزم المستودع ضمانها] .

اما لو تلفت بسبب لا يمكن التحرز منه كالحريق الغالب فلا ضمان على المستودع وتجب الأجرة على المودع ولو اودع مال غيره ولو مغصوباً اذا اشترط اجرة للمستودع . وقد قيل بضمان المستودع المستأجر هلاك الوديعة أذا قصر في حفظها مع انه اجير والأجير المشترك لا يضمن تلف المأجور في يده عند الأمام الأعظم على ما ورد في شرح المادة ٦٠٧ من المجله خلافاً للأمامين ولربما قيل بأن المجلة اخذت في المادة ٦٠٧ المذكورة بقول الأمامين فنقول بأن الأمر ليس كذلك والفرق بين الأجير والمستودع المشترك ظاهر لأن الأجير مستأجر للعمل والحفظ يدخل في العقد تبعاً اما المستودع فقد استؤجر للحفظ وقد استوفى الأجرة بمقابل الحفظ لا بمقابل العمل ولذا فقد قيل بتضمين المستودع وعدم تضمين الأجير بما يمكن التحرز منه .

بناءً عليه اذا سرقت ثياب المستحم في الحمام من الناطور يضمن أذا كان مأجوراً والا فلا لأن المستحم وان كان يدخل الحمام بمقابل دفع الأجرة ألا ان اجرة دخول الحمام مقضودة بالذات والحفظ تابع لها اما في الأيداع بمقابل الأجرة فالاجرة بمقابل الحفظ والمقصود الأصلي هو الامانة لا الاستئجار .

[مثلاً لو وقعت الساعة المودوعة من يد الوديع بلا صنعه فأنكسرت لا يلزم الضمان] . وكذا اذا وضع المستودع الوديعة في حرز مثلها واغلق عليها واعطى المفتاح لآخر

ولما عاد لم يجدها لا يضمن لأن اعطاء المفتاح ليس بتعد او تقصير · وكذا اذا وضع المستودع الأوراق ضمن صندوق ووضع عليه كاسة ماء فتقاطرت مياه الوعاء واتلفت الأوراق المودوعة لا يضمن ·

[امالو وطئت الساعة بالرجل او وقع من اليد عليها شيء فانكسرت لزم الضمان]

واذا وطئت من غيره و كسرت لا يضمن راجع المادة ٧٧٨ · واذا قيل بأن لا فرق بين فقرة هذه المادة الأولى والثانية نقول ان المستودع مأذون بحفظ الوديعة وامساكها حفظ فأذا حصل التلف من الأمساك لا يضمن الوديع اما لو حصل التلف من غير الأمساك اي من فعل لم يأذن به المودع فيجب الضمان واذا قيل بأن المستعير اذا وطأ الساعة واتلفها لا يضمن خلافاً للأمين فأنه يضمن ولا سبب لهذا الأختلاف نقول بأن المستودع غير مأذون بلبس المال المودوع ولا بأستعمال المرآة المودوعة فأذا استعملها وتلفت يضمن اما في العارية فهو مأذون بذلك فلا يضمن التلف ·

[كذلك اذا اودع رجل ماله عند آخر واعطاه اجرة على حفظه فضاع المال بسبب يمكن التحرز منه كالسرقة فيلزم المستودع الضمان]

واذا تلف المال بسبب الحريق لا يضمن لعدم امكان التحرز منه · وهذا الحكم فيما اذا كانت مال غيره فيكون المودع غاصباً والمستودع غاصب الغاصب والضمان على كل منهما وأذا ضمن الغاصب لا يرجع على المستعير لأن الغاصب اذا ضمن يكون قد ملك المال بتاريخ الغصب بطريق الاستناد واودع ماله حين الأيداع · الا اذا حصل التلف بفعل المستودع او بتعديه او بتقصيره وأذا ضمن المستودع المال الذي تلف بدون تعد ولا فعل ولا تقصير اذا تبين انه مال غير المودع يرجع على المودع بما ضمنه ·

مادة ٧٧٨ [اذا وقع من يد خادم المستودع شيء على الوديعة فتلفت لزم الخادم الضمان]

لأن الضمان يلحق الفاعل ولا يلحق غيره سواء كان المتلف صغيراً او كبيراً وسواء كان من عيال المستودع او اجنبياً عنه و كذا مثال المادة ٧٨٧ القائل (اذا خلط النقود غير المستودع

فالضمان على الذي خاط المال لا على المستودع) هو فرع عن هذه المادة ولا فرق بين ان يكون الخادم صغيراً او كبيراً حراً او غير حر وكل من يكون في عيال الوديع كالخادم والأجنبي كذلك ولا يضمن المستودع ما وقع من فعل هؤلاء لأن الضمان في هذه المسئلة منسوب الى الفعل لا الى التقصير في الحفظ والفعل يضاف للفاعل وضمان الأتلاف يكون على المباشر ٠

مادة ٧٧٩ [فعل ما لا يرضى به المودع] وما هو غير جائز شرعاً [في الوديعة تعد من الفاعل] ٠ فالتعدي هو فعل المستودع وهو غير التقصير وهو اتلاف الوديعة ودفعها لغير امينه لأجل حفظها وايداعها عند الغير ووطأ الوديعة قضاءً والقاء شيءٍ على الوديعة وتلفها قضاءً كل ذلك تعد يوجب الضمان اما التقصير فهو عدم منع المستودع السارق من سرقة الوديعة اذا رآه وهو يسرقها وكان قادراً على منعه وحفظها في محل غير معتاد وما شابه ذلك بناء عليه اذا انكر المستودع الوديعة او ادعى ملكيتها او تمنع من تسليمها لصاحبها وتلفت يضمن أما اذا ادعى هبتها له وتلفت بعد ذلك فلا يضمن وكذا اذا اودع رجل عند آخر صندوقاً ففتحه الوديع ولم يأخذ منه شيئاً ثم تلف لا يضمن ٠ ولا بد من ان يكون الفعل الذي اوقعه الفاعل بعد المنع غير جائز شرعاً بناءً عليه اذا خالف المستودع شرط الوديع الغير الجائز شرعاً وتلفت الوديعة في يده لا يضمن ٠

واعلم بأن دفع الوديعة الى غير امين المستودع تعد وحفظها مع مال الأجنبي في المكان الذي يحفظ فيه الأجنبي ماله تقصير راجع المادتين ٧٨٠ و٧٨١ ٠ وكذا اخذ الوديعة والسفر بها بطريق غير مأمون تعدٍ بحقها راجع المادة ٨٨١ ٠ وكذا اذا وضع المستودع الوديعة أمامه في غير داره وتركها وذهب والدلال اذا وضع المال الذي سلم له للبيع في محل ونسيه وضاع يضمن لأن ذلك تعد منهما بحق الوديعة ٠ وكذا اذا قال المستودع لا أعلم فيما اذا كنت تركت الوديعة بداري او بدار غيري وتلفت يكون اقر بالضمان ٠ وكذا اذا انكر المستودع الوديعة ورفعها من مكانها الى مكان آخر وتلفت يضمن لأنه صار غاصباً بالأنكار والرفع فلا تعود له يد الضمان بدون عقد جديد ٠

ويشترط لأن يكون انكار الوديعة تعدياً اربعة شروط : الأول ان يكون الأنكار بمقابل المودع وان ينقل المستودع المنكر الوديعة الى غير المكان الذي كانت فيه قبل الأنكار

فأذا انكر الوديعة بمقابل غير المودع لا يكون ضامناً لأن هذا الأنكار حفظ للوديعة واذا انكر العقار — والعقار لا يقبل النقل — وتلف بعد ذلك لا يضمنه عند الشيخين ويضمنه عند محمد (بحر) ٠

الثاني ان يكون الأنكار في حال الجحود فأذا سأل المودع المستودع عن الوديعة بطريق التذكير فأنكرها لا يضمن عند ابي يوسف ٠

الثالث ان لا يكون الأنكار مبنياً على سبب شرعي كمن انكر الوديعة بمقابل المودع و بحضور غاصب يخشى منه اخذ الوديعة فلا يضمن تلفها بعد هذا الأنكار ٠

الرابع ان لا يحضر المستودع الوديعة بعد الأنكار و يطلب من المودع اخذها او يجعلها في مكان يقدر المودع على اخذها واستلامها لأنه اذا سلمه اياها وطلب منه ابقاءها عنده يكون قد عقد معه عقد ايداع جديد ٠اما اذا وضعها في مكان لا يقدر المودع استلامها فلا يتم التسليم ولا يبرأ المستودع من الضمان ٠

وكذا اذا اخبر المستودع السارق عن محل وجود الوديعة فسرقها يضمن اما اذا اخبر السارق عن مكانها ثم منعه من اخذها واخذها منه جبراً فلا يضمن ٠ ولا بد من اعتبار العرف والعادة في ذلك فأذا وضع المستودع الدابة المودوعة عنده في مكان لا يراه وكان يعد الوضع فيه تعدياً او وضع الوديعة في دكانه وتركها والباب مفتوح وتلفت وكانت العادة هي عدم ترك المال على هذا الوجه يضمن ٠ وكذا اذا ترك البقرة المودوعة في القفر وتلفت او اكلها الذئب او كانت الوديعة طيراً ففتح قفصه او دابة ففتح آخورها وفر يضمن ٠ وكذا تسليم الوديعة الى اجنبي بأكراه غير ملجيء موجب للضمان على الوديع ٠ وكذا دفن النقود المودوعة في المغارات تحت التراب وبيع الوديعة الى الغير وتسليمها موجب للضمان ٠واذا باعها ولم يسلمها وتلفت لا يضمن ٠

وكذا اذا وضع الوديعة في جانبه ونام متمدداً وتلفت يضمن واذا نام قاعداً لا يضمن ٠

وكذا اذا وضع الوديعة على حافة البحر ونزل في البحر وغطس وغابت الوديعة عن عينه وتلفت يضمن ٠

مادة ٧٨٠ [الوديعة يحفظها المستودع بنفسه او يستحفظها امينه كمال نفسه] ٠

اذا كانت الوديعة مطلقة واذا كانت مقيدة يجب فيها احترام التقييد على ما جاء في المادة ٧٨٤ فأذا نهى المودع المستودع من حفظ الوديعة بواسطة امينه يعتبر هذا التقييد الا اذا كان

المستودع مضطراً لحفظها بواسطة امينه لأن الضرورات تبيح المحظورات وحينئذ أذا تلفت في يد الأمين لا يضمنها ٠ واذا ترك الأمين الحفظ بدون عذر يضمن والافلا واذا اودع المودع حماره عند مكارٍ وطلب منه اخذه لبلد آخر فأخذه الأمين و بينما كان يشتغل بحمله في الطريق فر الحمار المودوع فاذا كان لحوق المستودع حمار الوديعة يوجب تلف حمله ودابته ولم يتبعه لا يضمن والا يضمن ٠ وكذا حكم المستأجر ٠ ويجب ان يكون التسليم الى الأمين لأجل الحفظ أما لو سلمه له ليصرفه على احتياجه فيضمن (تكملة) ٠وليس للمستودع طلب اجرة على الوديعة بدون مقاولة اذ لا اجرة لعامل يعمل لغيره امانة الا اذا كان وصياً او ناظراً (رد المحتار) ٠

[فأذا هلكت في يده أو عند أمينه فلا ضمان عليه ولا على أمينه]

واذا هلكت عند امينه بتعدٍ وتقصير فالضمان على الأمين لا على المستودع مثلاً اعطى ثيابه للغسال ليغسلها فغسلها وترك ابن اخيه في الدكان وذهب الغسال لقضاء حاجة له فدخل ابن اخيه لقبو الدكان وغابت الأمانة عن عينه وتلفت فالضمان على ابن الأخ لا على الأمين ٠ واذا كان ابن الأخ يرى الأمانة من القبو وتلفت او سرقت لا يضمن ٠ وقد اختلف الفقهاء بأمكان تضمين المستودع اذا سلم المال لأمينه وعدم ضمانه الا ان المجلة اختارت عدم الضمان كما هو مفهوم من متن هذه المادة ٠ واختلفوا ايضاً بالأمين ولزوم كونه من عيال المستودع او من غير غياله فمنهم من قال بلزوم كون الأمين من عيال المستودع او بمنزلة عياله ومنهم من قال لا فاذا سلم المستودع الوديعة لابنه الكبير او الصبي البالغ الساكن معه في دار واحدة ثم سلمها ابنه الى آخر وتلفت يخرج المستودع و يصير ابنه كأنه هو المستودع والأمين امينه ويحا كمان (تكملة) ٠واذا سلم المستودع المال الى ابنه وانكر الابن التسليم ومات مجهلاً وانحصر ارثه بأبيه تؤخذ الامانة من تركة الابن وكذلك الجار الذي يسكن مع المستودع في دار واحدة فهو بمنزلة العيال اذا كان سكن الاثنين يدخل له من باب واحد بمفتاح واحد بلا مانع والا فلا (تكملة) ٠ وقال بعض الفقهاء بأمكان المستودع تسليم الوديعة الى امينه ولو بغير غياله كشريكه في شركة المفاوضة او العنان لأنه يحفظ مال المستودع عادةً وقد قبلت المجلة هذا القول بأطلاقه كما يفهم ذلك ايضاً من فقرة المادة ٨٧٤ القائلة (بحفظه عند من يحفظ ماله) ومن المادة ٧٢٢ القائلة بأن المرتهن يحفظ الرهن بذاته او بأمينه الذي هو كالشريك والخادم

ولا يخفى ان كل فعل لا يوجب تضمين المرتهن لا يوجب تضمين المستودع الا التلف فأن الرهن يتلف بما يعادله من الدين والوديعة تتلف امانة ٠

ولا بد من ان يكون من تسلم المال اميناً للمستودع فأذا سلم المستودع المال الى غير امينه ولو بعياله يضمن وللمستودع تسليم الوديعة الى من يعلم بأنه امين او لمن لا يعلم حاله وليس له تسليمها لمن يعلم بأنه غير امين واذا سلم المستودع المال الى غير امينه وتلف فالمودع بالخيار ان شاء ضمن المستودع وان شاء ضمن القابض خلافاً لأبي حنيفة فأنه قال بتضمين المستودع فقط وعدم تضمين القابض كما سيبين ذلك مفصلاً في شرح المادة (٧٨٣)٠ ولا فرق بين تسليم الوديعة الى الأمين او أيداعها عند الأمين لأن التسليم هو ايداع والمادة (٧٦٠) وان تكن قد وردت مطلقة الا انها مقيدة بهذه المادة اي ان المستودع ليس له ايداع الوديعة الى غير امينه (تكملة)٠

مادة ٧٨١ [للمستودع ان يحفظ الوديعة في المحل الذي يحفظ فيه ماله] ٠

اي في داره ودكانه سواء كانت ملكه او مأجورة او مستعارة واذا كانت الوديعة نقوداً يحفظها في جيبه واذا سرقت ولو في مجلس فسق لا يضمن الا اذا سكر وضاع عقله وأضاع الوديعة يضمن عند بعض الفقهاء وليس له حفظها في محل لا يحفظ فيه الوديعة غيره ولا في محل لا تحفظ فيه تلك الوديعة عادةً ولا حفظها في دار خربة الجدران ٠ وقد سئل عن خياطة دارها بهذه الصفة خرجت منها هي وزوجها ليلاً لعرس جارتها فسرقت اثواب جارتها منها فأُفتي بتضمينها ٠

واذا خرج المستودع للسفر فله اخذ الوديعة اذا كان الطريق اميناً لأن حفظ الوديعة لا يتقيد بالزمان والمكان واذا كانت الوديعة تحتاج الى الحمل والمؤنة فمؤنة الرد على المودع وكذا مؤنة الأخذ الا اذا صرف عليها المستودع حين اخذها بدون امر المودع فيكون ذلك تبرعاً واذا كان الطريق غير مأمون ينظر فأذا ذهب المستودع مجبوراً او كان غير مجبور لكنه ذهب مع اهله لا يضمن والا يضمن ٠

اما السفر البحري وان قال الفقهاء بأنه سفر مخطر الا ان السفائن الكبيرة التي انشئت في ايامنا حيث صارت تقاوم الأخطار البحرية فلا يقال عنه مخطر اما اذا كان السفر في السفن الشراعية فيكون موجباً للتضمين ٠ واذا عين المودع مكان الحفظ او نهى المستودع عن السفر او شرط عليه اجرة على حفظها فليس للمستودع السفر بها اصلاً ٠

مادة ٧٨٢ يختلف محل الحفظ باختلاف الوديعة بناءً عليه [يلزم حفظ الوديعة في حرز مثلها] وحرز مثل الودائع ليس بواحد . خلافاً للسرقة فأن حرز مثلها واحد كمن سرق المجوهرات من الآخور فلا ينجو من الجزاء [بناءً عليه] فالأصطبل هو حرز مثل الحيوان فأذا وضع فيه وتلف فلا ضمان على المستودع اما [وضع مثل النقود والمجوهرات في أصطبل الدواب أو التبن فتقصير في الحفظ و بهذه الحال اذا ضاعت الوديعة أو هلكت لزم الضمان] . وكذا اذا وضع الوديعة في داره التي يدخلها الناس بكثرة فأذا كانت مما لا يفقد ولا يضيع بذلك فلا ضمان عليه والا يضمن . وكذا اذا وضع الوديعة في داره وتركها خالية و بابها مفتوحاً او تركها في الحمام او في المسجد او في الطريق وغاب عنها او كانت الوديعة مما يأكله الفأر وتركها في محل يتجول فيه الفار وتلفت يضمن الا اذا كان لا يعلم بأن ذلك المكان مأوى الفأر او كان يعلم ذلك وسد جميع الثقوب بصورة محكمة فلا ضمان عليه .

ومحل حفظ الودائع يتعين بالعرف فالمجوهرات والأحجار الكريمة والنقود توضع في الصناديق المقفلة داخل أمنع حجرة في الدار والسجاد والبسط توضع داخل حجرة لها غلق والحبوب توضع فيما أعد لها من اماكن الدار .

مادة ٧٨٣ [اذا كان المستودع جماعة متعددين فأن لم تكن الوديعة قابلة للقسمة] كالدابة الواحدة او كانت القسمة تتلفها كالثوب الواحد [يحفظها أحدهم بأذن الباقين أو يحفظونها مناوبة و بهاتين الصورتين اذا هلكت الوديعة بلا تعد ولا تقصير فلا ضمان على احد منهم] . وهذا متفق عليه بين أبي حنيفة وصاحبيه لأن عدم امكان القسمة ضرورة قاضية باستيداع المتعددين واحداً منهم اومناوبتهم وما تقضي به الضرورة مأذون فيه دلالةً واذا لم يتفقوا على حفظها عند احدهم ينتخبون من يرضونه .

[وان كانت الوديعة قابلة للقسمة] كالدراهم والدنانير [يقسمها المستودعون بينهم

بالسوية وكل منهم يحفظ حصته منها و بهذه الصورة ليس لأحدهم ان يسلم حصته لمستودع آخر بدون اذن المودع] لأن المودع بأيداعه ماله الى اثنين لم يرض بحفظه الا من اثنين لا من واحد عند ابي حنيفة اذ قال « اذا اضيف فعل الأثنين الى شيء قابل للتجزي يتناول البعض لا الكل فأذا سلم احدهما الى آخر يضمن » ٠

وكذا حكم المرتهن المتعدد والوكلاء بالشراء والعدل بالرهن والأوصياء والمستبضعين فأذا سلم احدهم حصته من المال الى غيره وتلفت يضمن ٠ اما الأمامان فقد قالا بعدم التضمين بتسليم احد المستودعين حصته للمستودع الآخر سواء كانت مما يقسم اولا ٠

[وأذا سلمها فهلكت في يد المستودع الآخر بلا تعدٍ ولا تقصير منه فلا يلزمه الضمان بل يلزم الذي سلمه اياها ضمان حصته منها] ٠

اي ان الضمان على المسلم لا على المستلم لأن المستلم هو امين المسلم عند الأمام ٠

مادة ٧٨٤ [الشرط الواقع في عقد الأيداع اذا كان ممكن الأجراء ومفيداً يكون معتبراً] سواء وقع في صلب عقد الوديعة او بعد الأيداع واذا خالفه المستودع وتلفت الوديعة يضمن [والا فهو لغو] ولا يلزم المستودع مراعاته لأن الشروط تراعى بقدر الأمكان٠

[مثلاً اذا كان قد شرط وقت العقد ان يحفظ المستودع الوديعة في داره فنقلها المستودع الى محل آخر بسبب وقوع حريق في داره لا يعتبر ذلك الشرط وبهذه الصورة اذا نقلها فهلكت بلا تعدٍ ولا تقصير لا يلزم الضمان] ٠

اذا كان الحريق غالباً اي محيطاً بالدار والا يعتبر الشرط اذا كان مفيداً واذا نقل المستودع الوديعة الى مكان آخر وتلفت وادعى بأنه كان مجبوراً على نقلها وانكر المودع ذلك فلا يصدق المستودع بلا بينة لأن النقل موجب للضمان فالأدعاء بما يسقط الضمان يحتاج الى البرهان الا اذا كان النقل ناشئاً عن حريق دار المستودع وكان الحريق معلوماً ومشهوراً فيصدق المستودع بيمينه٠

[وكذا اذا امر المودع المستودع بحفظ الوديعة] بنفسه [ونهاه عن ان يسلمها

لزوجته او ابنه او خادمه او لمن يأمنه على حفظ مال نفسه فأذا كان ثمة مجبورية] او احتياج [على تسليم الوديعة لأحد هؤلاء كان ذلك النهي غير معتبر و بهذه الصورة ايضاً اذا هلكت الوديعة بلا تعد ولا تقصير لا يلزم الضمان] ٠

لأن الشرط المذكور غير مرعي الأجراء مثلاً اذا اعطى رجل آخر دابة وديعة ونهاه عن تسليمها لخادمه فليس للمستودع تسليمها لذاك الخادم اذا كان له خادم آخر او كان غير مجبور على تسليمها له وقادراً على حفظها بذاته ٠ وكذا اذا أعطاه عقد جوهر وديعة ونهاه من تسليمه لزوجته وكان له زوجة واحدة فلا يعتبر هذا النهي (تكملة) ٠

وكذا اذا نهى المودع المستودع من حفظ الوديعة [واذا سلمها بلا مجبورية فهلكت لزمه الضمان] اذا غاب المستودع عن الأمانة وصار لا يراها لأن الناس تختلف بحفظ الأمانة والوديعة والدين واذا وقع التلف قبل ان يغيب المستودع عن الأمانة فلا ضمان عليه لأن الوديعة لا زالت تحت حفظه ٠

الخلاصة : يعتبر النهي من وجهين الأول ان تكون الوديعة مما يمكن للمستودع حفظها بذاته كالساعة والنقود القليلة حيث يضعها في جيبه ولا يحتاج الى امين يحفظها له او ان يكون له امين غير من وقع النهي من اجله فبهاتين الصورتين اذا وقع النهي وسلم المستودع الوديعة لزمه الضمان والا فلا ٠

[كذلك اذا شرط ان تحفظ في حجرة معينة فحفظها المستودع في حجرة غيرها فأن كانت حجر تلك الدار متساوية في الحفظ لايكون ذلك الشرط معتبراً وحينئذ اذا هلكت الوديعة فلا ضمان] ٠

لأن غرف الدار واحدة في الحفظ حتى ان السارق اذا اخذ الأمتعة من احدى غرف الدار ووضعها في الأخرى لا حد عليه لعدم تمام الفعل ٠

وكذا لو نهاه عن حفظ الوديعة في يده الشمال او في جيبه الشمال لا يعتبر نهيه ٠

[وأما اذا كان بين الحجر تفاوت كأن كانت احدى الحجر بنيت بالأحجار

والأخرى بالأخشاب فيعتبر الشرط ويكون المستودع مجبوراً على حفظها في الحجرة التي تعينت وقت العقد واذا وضعها في حجرة دون تلك الحجرة في الحفظ فهلكت يصير ضامناً] ٠ وكذا اذا نهاه عن حفظ الوديعة بصندوق معلوم وامره بحفظها بصندوق آخر يعتبر النهي اذا كان الصندوق الأول من خشب والثاني من حديد والا فلا ٠

مادة ٧٨٥ [اذا كان صاحب الوديعة غائباً غيبة منقطعة بحيث لا يعلم موته ولا حياته يحفظها المستودع الى أن يعلم موت صاحبها او حياته] ٠

وليس له تسليمها لورثته ولا لبيت المال اخذها منه جبراً لأن يد المستودع كيد الملتقط وليس لبيت المال اخذ الوديعة منه ٠

[الا أنه اذا كانت الوديعة مما يفسد بالمكث فيبيعها المستودع بأذن الحاكم ويحفظ ثمنها أمانة عنده لكن اذا لم يبيعها ففسدت بالمكث لا يضمن]

واذا كانت الوديعة مما يفسد بالمكث وكان لا حاكم في المدينة فيبيعها ويحفظ ثمنها بدون اذن الحاكم واذا لم يبعها لا يضمن لأنه قام بالحفظ وهذا ما كلف به فأذا كانت الوديعة صوفاً واكلها العث لعدم بيعها او لعدم نشرها بالهواء يضمن ٠ واما وفاة الغائب فأنها اما ان تثبت حقيقةً بأقامة الدعوى من وارثه على المستودع واثبات وفاته بالبرهان وأما بوصوله لسن التسعين من عمره حيث يتوفى اقرانه وبنو جيله عادة وصدور الحكم من الحاكم بوفاته حكماً والحكم بهذه الصورة لا يكون الا بالدعوى من الوارث بطلب الوديعة من المستودع لوصول المستودع لسن التسعين واثبات ذلك بوجهه الشرعي ٠ واذا ثبت وفاة الغائب حقيقة وظهر بعد ذلك حياً في عالم الوجود فله الخيار بتضمين ماله أما للوارث واما للشهود وليس له تضمين المستودع لأنه سلم الوديعة بحكم الحاكم والجواز الشرعي مناف للضمان واذا ثبتت وفاته حكماً وظهر بعد ذلك فله استردادها من الوارث عيناً اذا كانت موجودة واذا كانت هالكة فلا ٠

مادة ٧٨٦ [الوديعة التي تحتاج الى النفقة كالخيل والبقر نفقتها على صاحبها]

واذا لم يترك المودع نفقة الوديعة للمستودع وتلفت لعدم الأنفاق عليها فلا ضمان على المستودع

اما اذا ترك المودع نفقة للوديعة ولم ينفق عليها المستودع وتلفت فأنه يضمن وقد زاد فقهاء السادة الشافعية على ذلك بأن المودع اذا لم يترك نفقة وديعته فللمستودع مراجعة المودع او وكيله وطلب نفقة الوديعة او استردادها ٠

[واذا كان صاحبها غائباً فيرفع المستودع الأمر الى الحاكم والحاكم حينئذ يأمر بأجراء الأنفع والأصلح في حق صاحب الوديعة فأن كان يمكن أيجار الوديعة يؤجرها المستودع برأي الحاكم و ينفق عليها من اجرتها] كالدابة مثلاً [او يبيعها بثمن مثلها] ويحفظ ثمنها وديعة لحضور المودع او لثبوت وفاته حقيقةً او حكماً كما مر ذكره ٠

[واذا لم يمكن أيجارها فيبيعها فوراً بثمن المثل أو ينفق عليها المستودع من ماله ثلاثة ايام] لأمكان حضور صاحبها بهذه المدة [ثم يبيعها بثمن مثلها ثم يطلب نفقة تلك الأيام الثلاثة من صاحبها واذا انفق عليها بدون اذن الحاكم] أو أنفق عليها اكثر من ثلاثة ايام [فليس له مطالبة صاحبها بما انفقه عليها] ولا بد للمستودع من اقامة البينة على ان المال في يده وديعة وان المودع تركه وذهب مخافة من أن يكون المستودع قد اغتصبها من صاحبها وغرر الحاكم بأعطاء الأذن كما هو الحكم في اللقطة ٠ ولم تبحث هذه المادة عن الغيبة فيما اذا كانت منقطعة او اكثر من مسافة السفر وكذا كتب الفقه والأولى ان تكون منقطعة كما فهم ذلك من مفهوم المواد السابقه٠

مادة ٧٨٧ [أذا هلكت الوديعة او نقصت قيمتها بسبب تعدي المستودع او تقصيره لزمه الضمان]

اي لزمه الضمان اذا هلكت الوديعة او عرض نقص على قيمتها بتعدي المستودع وتقصيره واذا ترك المستودع التعدي وعاد الى الوفاق وتلفت الوديعة بعد ذلك هل يلزم الضمان ٠ قلنا ان الأمانات تقسم الى قسمين القسم الأول الأمانات التي لا فائدة من وضع اليد عليها الا لصاحبها وتعتبر فيها يد الأمين كيد صاحب الأمانة فهذه الأمانات اذا تعدى الأمين وعاد الى الوفاق ترجع له يد الأمانة وهذه الأمانات هي الوديعة والمال المستعار لأجل الرهن ومال الشركة في يد شريك العنان والمفاوضة ومال المضاربة في يد المضارب والبضاعة في يد المستبضع والمال في

يد الوكيل بالأيجار كما سيفصل ذلك في شرح المادة ٨١٤ ولهذا اذا تعدى المستودع على الوديعة وعاد الى الوفاق بناءً لا يعود الى التعدي وتلمت الوديعة بعد ذلك في يده لا يضمن الا اذا تلفت أو تعيبت وهي في يده فأنه يضمن ·

القسم الثاني الأمانات التي فائدة وضع اليد عليها للأمين لا للمودع كالعارية والأجارة فأن المستعير اذا تعدى على المال المعار او على المأجور ثم عاد الى الوفاق لا تعود له يد الأمانة لأن يدهم على الأمانة لنفعهم فمجرد ازالة التعدي عن المال لا تعود لهم يد الامانة ولا يقال بعودة يد صاحب المال حكماً كالوديعة لأن عمل المستودع وحفظه لاجل نفسه مثلاً اذا كانت الوديعة حيواناً فركبها المستودع ثم حفظها ليردها لصاحبها يبرأ من الضمان الا اذا حفظها ليركبها مرة ثانية فأنه يضمن واذا اختلف المودع والمستودع بأزالة التعدي وانكر المودع ذلك يجب على المستودع اقامة البينة لان التعدي قد وقع والرجوع عنه امر عارض والاصل في الامور العارضة العدم وهذا هو القول الراجح خلافاً لبعض الفقهاء فقد قالوا ان المستودع بدعواه ازالة التعدي ينكر الضمان و يصدق بذلك بيمينه (تكملة)· مثلاً اذا قال المستودع سلمت الوديعة الى من هو ليس بأمين لي وارسلتها للمودع وسلمت له وانكر المودع الوصول فعلى المستودع أقامة البرهان على دعواه وصول الوديعة ليد المودع وألا يضمنها أذا عجز عن البرهان وحلف المودع اليمين وليس للمودع الرجوع على الرسول لأنه أقر له بتسليمها الى المودع الا اذا كانت الوديعة في يده فله أخذها ·

استثناء : يستثنى من ذلك : اذا طلب المودع رد الوديعة فتمنع المستودع من تسليمها وانكرها قائلا انني لم آخذ منك وديعة ورفعها من مكانها أذا كانت منقولة ثم عاد الى الوفاق وأقر بها وتلفت في يده قبل التسليم يضمن ولا تعود له يد الأمانة لأن المستودع بأنكاره الوديعة ورفعها من مكانها اذا كانت منقولة بعد طلبها من المودع صار غاصباً فلا تعود له يد الأمانة بمجرد الاقرار قبل تسليمها لصاحبها أما لو طلب المودع الوديعة على سبيل تذكير المستودع بها او طلب ردها وتسليمها وتمنع المستودع من ذلك بدعوي انه وهبها له او أنكرها وتمنع من تسليمها لكنه لم يرفعها من مكانها او كان الجحود بحضور غير المودع او غير وكيله او احضرها للمودع بعد الجحود وطلب منه اخذها و كان قادراً على اخذها واستردادها وتلفت لا يضمن المستودع شيئاً ·

[مثلاً اذا صرف المستودع نقود الوديعة في امور نفسه او استهلكها ضمنها]

وأذا صرف بعضها وتلف الباقي في يده بدون تعد وتقصير يضمن ما صرفه فقط والباقي يبقى امانة في يده وهذا الحكم ينحصر فيما يقبل التبعيض اما اذا استهلك بعض الوديعة التي لاتقبل التفريق والتجزئة وتلف الباقي في يده فيضمن الجميع واذا ادعى المستودع بأن التصرف كان بأذن المودع وانكر المودع ذلك فالقول قول المودع . ولا يشترط صرف الوديعة كلاً او بعضاً بأمور نفس المستودع لانه يضمنها ولو لم يصرفها بأمور نفسه كمن دفع الوديعة بمقابل دين المودع بدون اذنه وأجازته فانه يضمنها و يكون متبرعاً بما دفعه . الا اذا دفعها لنفقة من وجبت نفقته على المودع بأمر الحاكم . ولا بد من صرفها واستهلاكها اما لو اخذ المستودع الوديعة بقصد صرفها باحتياجاته واعادها الى مكانها قبل الصرف والاستهلاك وتلفت فلا يضمن لأن الضمان لا يترتب بمجرد النية خلافاً للشافعي فأنه قال بضمان من اخذ الوديعة ليصرفها واعادها لمكانها . ولا فرق بين ان يتلف المستودع الوديعة بنفسه او بغيره فأذا كانت الوديعة دابة فمرضت فأخذها المستودع لمن يداويها فتلفت في يده يضمن لأن المستودع ليس بمأذون بمداواة الوديعة وقد تعدى بأجراء مالم يكن مأذوناً بعمله ولصاحبها تضمين المستودع او تضمين المداوي و يرجع المداوي على المستودع بما ضمنه اذا كان لا يعلم بأنها ليست له والا لا يرجع عليه بشيء .

[وبهذه الصورة اذا صرف النقود التي هي امانة عنده على الوجه المذكور ثم وضع بدل تلك النقود في الكيس المعد لها فهلكت او ضاعت بدون تعد ولا تقصير منه ضمن]

لأنه لم يسلمها لصاحبها والشخص الواحد لا يكون مسلماً وقابضاً الا ترى ان المديون اذا اخذ مبلغ الدين لدائنه وهلك في يده قبل ان يسلمه له او امر الدائن للمديون بألقاء مبلغ الدين في البحر فالقاه فالضمان على المدين لا على الدائن لعدم التسليم . وكذا اذا استهلك المستودع نصف النقود المودوعة ثم وضع بدلاً منها وخلطها مع باقي الوديعة بصورة لا تقبل التفريق وتلفت يضمنها كلها .

[وكذا لو ركب دابة الوديعة بدون اذن المودع فهلكت وهو ذاهب بها ضمن قيمتها سواء كان هلاكها بسبب سرعة السير فوق الوجه المعتاد او بسبب آخر

او بلا سبب] . لأن ركوب الدابة تعد بحقها فيضمنها في كل الوجوه . وكذا اذا كانت الوديعة لباساً فلبسه اووعاء فأستعمله وتلف يضمن ولا عبرة في ذلك لكلمة (دابة) الواردة في هذه المادة لأنها قيد وقوعي ولا بد من كون الأستعمال بدون اذن المودع ومن وقوع التلف بالأستعمال والا بأن وقع الأستعمال بأذن المودع او نوى المستودع استعمال الوديعة ولم يستعملها فلا يضمن .

[وكذا يضمنها أذا سرقت وكذا اذا وقع حريق ولم ينقل الوديعة الى محل آخر مع قدرته على ذلك فأحترقت ضمنها] .

وكذا اذا كان في مركب ومعه الوديعة فتخرب المركب واشرف على الغرق فركب غيره ولم ينقل الوديعة وكان قادراً على نقلها او كان في القفر وهوجم من اللصوص فترك الوديعة وفر وكان قادراً على اخذها معه يضمن والا فلا .

مادة ٧٨٨ [خلط الوديعة بمال آخر بحيث لا يمكن تميزها وتفريقها عنه بدون اذن المودع يعد تعدياً] .

لأنه جعل وصول صاحب الوديعة لوديعته متعذراً سواء كان الخالط المستودع او من هو في عياله او اجنبياً عنه فالضمان على الفاعل الخالط والمال المخلوط للخالط ولا يحل له استعماله ولا الاستفادة منه قبل الضمان واذا خلط الأجنبي مال المستودع والمودع وذهب لمكان مجهول وتغيب ولم يتفقا على تقسيمه بينهما يباع المال المخلوط ويأخذ كل منهما حصته من الثمن بالنسبة لقيمة ماله وكذا الحكم فيما اذا خلط المستودع المالين المودوعين عنده من شخصين مختلفين .

[بناء عليه لو خلط المستودع دنانير الوديعة بدنانير وديعة عنده لآخر متماثلة بلا اذن فضاعت أو سرقت لزمه الضمان وكذا لو خلطها غير المستودع على الوجه المشروح ضمن الخالط] .

وكذا لو خلط المستودع دنانير الوديعة بدنانير له او لغيره ولم تضع ولم تسرق بل صارت لا تقبل التفريق والتمييز يضمن . والخلط اما ان يكون بطريق المجاورة مع تيسير التمييز كخلط

الجوز واللوز والفستق او المجيديات مع اجزاءها فهذا لا يوجب الضمان بالاتفاق وتميز الوديعة وتسلم لصاحبها ولا يضمنها الخالط ولو تلفت قبل التمييز وأما ان يكون بطريق المجاورة مع عسر التمييز كخلط الحنطة مع الشعير فمن الفقهاء من قال بعدم التضمين بهذا الخلط لامكان تفريق الحنطة عن الشعير بالقائهما بالماء حيث ان الحنطة ترسب والشعير يعوم ومنهم من قال بتعذر التمييز لأن الماء يضر بالحنطة والشعير. واما ان يكون بطريق الممازجة للجنس بخلاف جنسه كخلط المائعات فأنه يوجب الضمان بالاتفاق .

واما ان يكون بطريق المجاورة للجنس بالجنس كخلط الحنطة بالحنطة فالامام الاعظم قال بتضمين الخالط لانقطاع حق صاحب المال بالخلط ولعدم امكان تمييز المال عن بعضه ويضمن الخالط مثل المخلوط ان كان مثلياً والا قيمته . واذا توفي الخالط وتركته مستغرقة بالدين لا يمتاز الوديع بالمال المخلوط ولا بشيء منه بل يشارك اصحاب الديون وقال صاحبا ابي حنيفة بخيار المودع فأن شاء ضمن الخالط وان شاء شاركه بمقدار حصته بالمخلوط واذا ابرأ المودع الخالط يسقط خياره عندهما وتتعين الشركة بالمخلوط . الا ان المجلة سكتت عن بيان المختار من هذين القولين .

مادة ٧٨٩ [اذا خلط المستودع الويعة بأذن صاحبها على الوجه الذي ذكر في المادة السابقة او اختلط مع مال آخر بدون صنعه بحيث لا يمكن تفريق أحدالمالين عن الآخر مثلاً اذا تهرأ الكيس االذي فيه دنانير الوديعة داخل صندوق فيه دنانير اخر للمستودع مماثلة لها فاختلط المالان اشترك صاحب الوديعة والمستودع بمجموع الدنانير كل منهما على قدر حصته و بهذه الصورة اذا هلكت او ضاعت بلا تعد ولا تقصير فلا يلزم الضمان].

وتكون الشركة بالخلط شركة اختيارية . و بالاختلاط شركة جبرية . واذا تلف بعض النقود المخلوطة يجري بحقها حكم المادة ١٠٦١ عند الأمام محمد اما الأمام الأعظم فقد قال بملكية المالك للمال المخلوط على ما ورد في المادة السابقة والزمه ضمان حصة المودع اما الامام ابو يوسف فقد جعل الأقل تابعاً للاكثر فصاحب الاكثر يملك المجموع ويضمن حصة الآخر واذا ادعى الخالط الأذن وانكره المودع يكلف الخالط لاثبات الأذن واذا عجز عن الأثبات

يحلف المودع اليمين واذا حلف يضمن ٠ وكذا الحكم بالأيداع للأجنبي والأستهلاك فأنه كالخلط يكلف فيه المستودع لأثبات الاذن والا يكلف فيه المودع لحلف اليمين ٠

مادة ٧٩٠ [ليس للمستودع ايداع الوديعة عند آخر بدون اذن]

و بلا عذر لا سيما اذا كان الآخر ليس بأمينه [واذا اودعها وهلكت صار ضامناً] لأن الايادي تختلف بحفظ الأمانات وصاحب الوديعة لم يرض بحفظها عندغير المستودع ولأن الشيء لا يتضمن مثله كالمضارب فأنه ليس له اعطاء مال المضاربة مضاربة ٠ ولأن المستودع ملك الحفظ فليس له تمليك ما ملكه لغيره ٠ وكذا المرتهن فأنه لا يملك الرهن لغيره والوكيل بالبيع ليس له توكيل غيره والمستأجر ليس له ايجار المأجور من غيره اذا كان المأجور مما يختلف بأختلاف المستعملين والمستعير ليس له اعارة ما استعاره اذا كانت مما تختلف بأختلاف المستعملين ٠ وكذا المزارع ليس له اعطاء المال الذي زارع عليه لغيره مزارعة ٠ وكذا المستبضع ليس له الأيضاع والمساقي ليس له مساقاة غيره (راجع المواد ٧٤٣ و١٤٦٦ و٤٢٧ و٨٢٠ و١٤١٥ ٠

وللمستودع تسليم مفتاح الدار التي وضع فيها الوديعة لغيره لأن تسليم مفتاح الدار لايكون تسليماً لنفس الدار ٠ ولا بد من ان يكون التسليم بدون عذر فأذا ظهر حريق غالب وسلم المستودع الوديعة لغيره وقايةً لها من الحريق لا يضمن وعلى المستودع استرداد الوديعة اذا زال العذر واذا لم يستردها وتلفت يضمن لأن الضرورات تقدر بقدرها ولا بد من ان يكون التسليم بدون اذن المودع فأذا سلم المستودع الوديعة بأذن المودع صار المستودع الثاني مستودع المودع لا مستودع المستودع الأول ٠ واذا اتفق المودع والمستودع على الأذن بتسليم الوديعة لغير المستودع واختلفا على شخص المستودع فالقول قول المستودع لأتفاقهما بأصل الاذن والمستودع امين مصدق بقوله ٠

ولا يصدق المستودع بمجرد قوله دفعت الوديعة الى زيد الذي امرني المودع بدفعها له بدون يمين وهذا اليمين لا يوجب مؤاخذة القابض بدون اثبات وكذا لو قال المودع وان كنت امرت فلاناً ليأخذ الوديعة من المستودع الا انني نهيته بعد ذلك من اخذها فقال المستودع حضر المأمور واخذها حسب الأمر فقال المأمور حضرت ولم آخذ الوديعة برء المستودع ولا بد

للزوم الضمان من ان يكون الأيداع قصدياً لا ضمنياً والا يستوجب الضمان مثلاً اذا دخل المستودع الحمام وترك ثيابه وفيها الوديعة وتلفت لا يضمن لأنه لم يودع الوديعة قصداً . وكل هذا محله فيما اذا اودع المستودع الوديعة الى غير امينه فأذا اودعها الى امينه لا يضمن بالأتفاق .

ولا فرق في الضمان بين ان يسلم المستودع الوديعة الى غير امينه وحدها او مع غيرها كمن سلم الأمتعة المودوعة عنده محمولة على دابةً فأنه يضمنها اذا تلفت في يد المستودع الثاني وكذا اذا ارسل المودع الوديعة مع احد ليسلمها الى المستودع فسلمها له ثم أعادها المستودع الى الرسول وتلفت في يده يضمن . وقد اختلف الفقهاء بتضمين المستودع الثاني فالأمام الأعظم قال بعدم تضمينه لأنه امين من المستودع خلافاً لمستودع من الغاصب فأنه غاصب الغاصب أما الأمامان والأئمة الثلاثة فقد قالوا بتضمين المستودع الأول والمستودع الثاني واذا ضمن المستودع الثاني يرجع على المستودع الأول حسبما أوضحنا في المادة (٦٥٨) . أما المستودع الأول فلا يرجع على المستودع الثاني بما ضمنه لأنه ملك الوديعة بالتضمين وليس له تضمين مستودعه وامينه اما المجلة فأنها قبلت القول الأول بقولها « صار ضامناً » كما ورد في هذه المادة . واذا استرد المستودع الأول الوديعة من المستودع الثاني وتلفت في يده لا يضمن لأن رجوع المستودع الى الوفاق بعد التعدي يعيد له يد الأمانة واذا ادعى المستودع الأول تلف الوديعة في يده بعد ان أودعها لغيره واستردها منه لا يصدق بدون بينة لأنه اقر بالتعدي اما اذا أقر المستودع بغصب الوديعة من يده وتلفها بعد استردادها من الغاصب فيصدق بيمينه لأنه لم يقر بما يوجب تضمينه . ويختلف الحكم بغاصب الغاصب عن الحكم بمستودع المستودع لأن غاصب الغاصب يضمن بالأتفاق . وكذا مستودع الغاصب . واذا ضمن الغاصب الوديعة لا يرجع على المستودع لأنه ملك الوديعة بالتضمين وقد سلمها الى امينه واذا ضمن المستودع يرجع على الغاصب واذا رد مستودع الغاصب الوديعة الى الغاصب يبرأ من الضمان كما هو الحكم بغاصب الغاصب .

[ثم اذا كان هلاكها عند المستودع الثاني بتقصير او تعدٍ منه فالمودع مخير ان شاء ضمنها للمستودع الأول وان شاء ضمنها للمستودع الثاني فأذا ضمنها للمستودع الأول فيرجع على الثاني بما ضمنه] .

واذا ضمنها المستودع الثاني لا يرجع على المستودع الأول .

مادة ٧٩١ [اذا أودع المستودع الوديعة عند آخر بأذن المودع] او بدون اذنه ثم أجاز المودع الوديعة وهي في يد المستودع الثاني [خرج المستودع الأول من العهدة وصار الثاني مستودعاً] لأن الأجازة تلحق الأقوال والأفعال .

ماة ٧٩٢ [كما انه يسوغ للمستودع استعمال الوديعة بأذن صاحبها فله ان يؤجرها أو يعيرها لآخر وان يرهنها] .

و يبيعها و يهبها و يسلمها و يجري التقاص بها من دينه [ايضاً] لأن الأستعمال أعارة والأيجار يقلب الوديعة الى الأعارة اي كأن المودع أعار الوديعة للمستودع ليؤجرها . وكذا الأعارة فيجوز للمستودع أعارة الوديعة لحساب المودع ولحساب نفسه وبالصورة الثانية يكون الأيداع بحكم العارية . وكذا الرهن فهو من قبيل الرهن المستعار والبيع يكون فيه المستودع بمثابة الوكيل بالبيع وتعود حقوق العقد له اذا أضاف العقد لنفسه او سكت والا تعود حقوق العقد للمودع اذا أضاف البيع له . وكذا الهبة أما التقاص فهو اذا كان للمستودع في ذمة المودع عشر ليرات وفي يده للمودع وديعة قدرها عشر ليرات وأجريا التقاص بالتراضي فيعتبر التقاص اذا كانت الوديعة في يد المستودع حين التراضي ولا تحتاج لقبض جديد واذا كانت في داره فلا (راجع شرح المادة ٢٦٢) اذ يحتاج التقاص الى قبض جديد .

[وأما لو آجرها أو أعارها لآخر أو رهنها] او استعملها او باعها وسلمها او وهبها وسلمها من آخر او اجرى التقاص بها محسوباً من دينه بدون اذن صاحبها فليس له ذلك لأن الأستعمال تصرف في ملك الغير وهذا لا يجوز الا اذا كانت الوديعة كتاب علم فقراءه قراءة غير مضرة فيجوز له ذلك و يكون كالأستظلال بحائط الجار والاستضاءة بناره وليس له الأيجار بدون اذن لأن الأجارة عقد لازم والأيداع عقد غير لازم فالأيداع لا يحتمل الأيجار والا نكون بذلك الزمنا ما لا يلزم . وليس للمستودع أيجار الوديعة لمنافع المودع ايضاً لأنه غير مأذون بذلك وليس له الا الحفظ . وكذا ليس له أعارة الوديعة لأن الأعارة تمليك المنافع والمستودع لا يملك المنافع بالأصل . وكذا الرهن لأنه أيفاء الدين حكماً . وكذا البيع والهبة

والتسليم والتقاص لأن المودع قد رضي بالوديعة ولم يرض بتمليكها الى المستودع بطريق التقاص والتسليم ولا بتمليكها لغير المستودع بطريق البيع والهبة . واذا أجرى المستودع مثل هذه العقود بالوديعة [بدون اذن صاحبها فهلكت او نقصت قيمتها في يد المستاجر او المستعير او المرتهن ضمن] .

فأذا هلكت الوديعة باستعمال المستودع فالضمان عليه حصراً واذا هلكت باستعمال المستأجر بدون تعدٍ وتقصير يرجع المودع على المستودع ويضمنه او يضمن المستاجر فأذا ضمن المستودع فلا يرجع على المستاجر واذا ضمن المستأجر يرجع على المستودع (راجع المادة ٦٥٨) . واذا تلفت الوديعة بالأعارة وضمنها المستودع او المستعير فلا يرجع على الآخر (راجع المادتين ٨١٣ و ٦٥٨) واذا تلفت الوديعة في يد المرتهن بعد رهنها من المستودع فللمودع تضمين الراهن او المرتهن واذا ضمنها الراهن يسقط ما يعادل قيمتها من دينه للمرتهن فقط واذا ضمنها المرتهن رجع على المستودع . واذا تلفت في يد المشتري وضمن المودع المستودع صح البيع ونفذ وتم واذا ضمن المشتري رجع بما ضمنه على البائع . واذا تلفت في يد الموهوب له وضمن المودع الواهب اوالموهوب له فلا يرجع احدهما على الآخر لأن التغرير لا يعتبر الا اذا وقع بعقود المعاوضة . واذا أجري التقاص بالوديعة وتلفت في يد المستودع وكانت من جنس الدين يسقط الدين ولا محل للتضمين .

مادة ٧٩٣ [أذا أقرض المستودع دراهم الوديعة] أو المثليات المودوعة والتي يجوز أقراضها [لآخر بلا اذن ولم يجز صاحبها ضمنها المستودع] واذا أجازها صاحبها صار المجيز رب المال والمستقرض مستقرض من صاحب المال وخرج المستودع من بينهما وللمودع تضمين المستقرض ايضاً اذا هلك المال في يده واخذ ما اقرض له اذا وجده عيناً في يده وليس له الرجوع على المستودع بذلك لأن دعوى العين تقام على ذي اليد (راجع المادة ١٦٣٥) .

[وكذا لو ادى المستودع دين المودع الذي بذمته لآخر من الدراهم المودوعة التي في يده فلم يرض المودع ضمن ايضاً] .

واذا رضي كان الأداء من ماله واذا لم يرض المودع بأداء الدين يكون المستودع متبرعاً بهذا الأداء وهذا اذا أدى المستودع الدين من تلقاء نفسه اما لو ظفر الدائن بمال مدينه في يد

المستودع واخذه (لأنه من جنس دينه) جبراً منه فلا يضمن المستودع وقد أشير الى ذلك في متن هذه المادة اذ قالت « لو ادى » وهذا يدل على وقوع الأداء بالرضاء والأختيار لابالأجبار ٠ وكذلك يشترط في تطبيق حكم هذه المادة وجود المستودع في قيد الحياة فأذا توفي وكان الدين مستغرقاً للتركة فللمستودع أداءه من مال المودع لأنه لو كان المودع وصياً لكان أجرى ذلك وقد اشير الى هذه الجهة ايضاً بعبارة « فلم يرض المودع » اذ ان المستودع يكون قضى الى من له الحق وهو غريم الميت وليس للأمين ميراث حتى يقضي الدين ٠ وكذا اذا كان للمتوفى دين على زيد وكان ذلك المتوفى مديناً الى عمرو فلزيد ان يدفع الدين الى عمرو بالأشهاد بأنه يدفع ذمته مما للميت عنده ولا يكون متبرعاً بدفعه هذا ٠

مادة ٧٩٤ [يلزم رد الوديعة لصاحبها] او لوكيله او لرسوله [اذا طلبها] هو او وكيله او رسوله وكان المستودع قادراً على ردها عيناً لأن طلب استرداد الوديعة فسخ للوديعة لأنها عقد غير لازم ولكل من الطرفين فسخها بدون رضاء الآخر ولا فرق بين ان يقع الطلب رأساً او بواسطة الوكيل او الرسول لأن الطلب ورد في المادة مطلقاً والمطلق يجري على اطلاقه ٠ اما رد الوديعة الى اهل المودع وعياله بدون اذنه فمختلف فيه بين الفقهاء فمنهم من قال ان الرد لعيال المالك كالرد للمالك ولا يكون ايداعاً خلافاً للغاصب فأنه لا يبرأ بتسليم المغصوب لعيال المغصوب منه ومنهم من قال بعدم جواز التسليم الى عيال المودع والمجلة وان كانت ذكرت كلمة لصاحبها في هذه المادة الا انها أوردت مادتها مطلقة والمطلق يجري على اطلاقه وقد قبلت الرأي الأول كما سنفصل ذلك في شرح المادة الآتية ٠ اما الرد والتسليم فلا يحتاج الى تسليم الوديعة ليد المودع ويكفي للمستودع ان يتخلى عنها ويتركها أمام المودع في مكان يمكنه اخذها منه واذا لم يصرف على ردها وتلفت لا يضمن ٠ ولا بد من تسليم الوديعة عيناً ولو كانت كاسدة كالقوائم النقدية وليس للمودع ان يتمنع من استلامها بوجه من الوجوه ٠ وكذا المستودع ليس له تسليم المودع الا عين الوديعة وليس له اعطاءه مثلها ٠

واذا أنكر المستودع الوديعة وعجز المودع عن اثباتها يكلف المستودع لحلف اليمين ٠ وكذا اختلافهما بمقدار الوديعة ووصفها وقيمتها فالقول في ذلك ايضاً للمستودع ٠ واذا كانت الوديعة صندوقاً مقفلاً ولما استلمه المودع ادعى بأنه نقص منه أشياء معلومة وانكر المستودع ذلك فلا

يكلف لحلف اليمين الا اذا قال المودع انني أودعتك الشئ الفلاني وانت استهلكته فتسمع دعواه و بينته و يحلف خصمه ٠ وكذا لو اودعه كيس دراهم ثم ادعى بأنه كان فيه مبلغ كذا زيادة فلا تسمع دعواه الا اذا أضاف الى قوله هذا وانت اخذتها واستهلكتها ٠ واذا أقر المستودع بالوديعة وادعى كذب الأقرار يحلف المودع اليمين على ما سيأتي في المادة (١٥٨٩) ٠ واذا ادعى المستودع الأداء يكتفي بيمينه (راجع المادة ١٧٧٤) ٠ واذا توفي قبل الحلف فلا يحلف وارثه ٠

[ومؤونة الرد والتسليم اي مصاريفهما وكلفتهما عائدة الى المودع] ٠

لأن المصاريف يدفعها من له فائدة القبض اذا الغنم بالغرم ٠ اما رد المستعار فهو من فائدة المستعير ولذا فأن مؤونة الرد على المستعير كما سيوضح ذلك في المادة (٨٣٠) ٠ وكذا مؤنة رد المرهون فهي على المرتهن ٠ واذا طلب المودع الوديعة وطلب الى المستودع ان يأتيه بها فوعده ولم يأته بها وتلفت لا يضمن ٠

[واذا طلبها المودع فلم يسلمها له المستودع وهلكت أو ضاعت ضمنها المستودع] ٠

واذا طلبها المودع وتمنع المستودع من تسليمها وطلب تأخير التسليم لليوم الثاني وتركه المودع وذهب فأذا كان تركه راضياً بأبقائها لليوم الثاني كان رضاؤه عقد وديعة جديداً واذا تركه متأثراً يصير المستودع غاصباً و يضمن التلف ٠ واذا كان الطالب وكيلاً وتمنع المستودع من التسليم وترك الوكيل وذهب وتلفت الوديعة يضمنها المستودع بكل الأحوال لأن الوكيل ليس له تجديد عقد الوديعة ولا يجبر المستودع على تسليمها للوكيل ولا يكون ضامناً لعدم تسليمها الا اذا اثبت الوكيل وكالته بالبينة اذ لا يفيده قوله المجرد ولا أقرار المستودع لأن الأقرار تصرف في ملك الغير وهذا باطل ٠ وذلك بخلاف الأقرار بوكالة الوكيل بقبض الدين فأن المديون اذا أقر بالوكالة يجبر على الدفع لأنه أقرار بمال نفسه وأقرار المستودع اقرار بمال غيره والفرق ظاهر بينهما ٠ وكذا الحكم بطلب الرسول واذا قال المودع الى المستودع سلم وديعتي لمن يأتيك من وكلائي فلان او فلان او فلان فعلى المستودع تسليمها لمن طلبها منهم واذا تمنع يضمن ٠ ولا يكلف المستودع لتسليم الوديعة لمن يأتيه بالعلامة اذا قال المودع سلم وديعتي لمن يأتيك بعلامتي هذه لأمكان اخبار غير وكيل او رسول المودع بهذه العلامة ٠ واذا سلم المستودع المال

الى الرسول وانكر المودع الرسالة وعجز المستودع عن البينة وحلف المودع اليمين يضمن المستودع الوديعة ولا يرجع على الرسول بشيء اذا كان مصدقاً لرسالته الا اذا سلم المستودع الوديعة الى الرسول بعد ان كذبه وانكر عليه الرسالة او سلمه الوديعة دون ان يصدقه او يكذبه او شرط على الرسول تضمينه الوديعة اذا ضمنه المودع اياها بأنكار رسالته فانه يرجع على الرسول بما اخذه منه ولو صدق رسالته .

[لكن اذا كان عدم تسليمها وقت الطلب ناشئاً عن عذر] اي عن عجز حسي [كأن تكون حينئذ في محل بعيد] . او عن عجز معنوي كأن تكون الوديعة مدفونة تحت الأرض وكان أخراجها يوجب ضرراً بنفس المستودع او بماله حيث تكون مدفونة مع ماله . [ثم هلكت اوضاعت فلا يلزم الضمان] . او كان المودع ظالماً بطلب وديعته كأن تكون الوديعة سيفاً وكان المودع يريد اخذها ليقتل بها غيره فللمستودع الأمتناع من تسليمها واذا تلفت في يده بعد ذلك لا يضمن ولو كان المستودع يشك بنية المودع (تكملة) .

وكذا اذا أقرت الزوجة بدين لزوجها وحررت سنداً يتضمن أقرارها وسلمته الى امين ليحفظه لها ثم برأت من مرضها وطلبت السند فللمستودع الأمتناع من تسليمه حفظاً لحق الزوج . ويعتبر التناقض بأقرار المستودع موجباً لتضمينه فأذا طلب المودع الوديعة وطلب المستودع منه الأنتظار الى اليوم الثاني حيث يسلمه اياها ثم ادعى تلفها فأذا ادعى التلف بعد الوعد يقبل دفعه واذا ادعاه قبل الوعد لا يقبل قوله للتناقض لأن قوله غداً أعطيك الوديعة أقرار بوجودها فلا تسمع دعواه التلف قبل هذا الأقرار . وكذا اذا انكر المستودع الوديعة ثم ادعى أداءها قبل الأنكار او بعده وقال انني نسيت تسليم الوديعة وبرهن على التسليم يقبل دفعه وبرهانه أما لو قال انني لم استلم منك شيئاً ثم ادعى الرد او التلف لا تسمع دعواه . وكذا اذا انكر المستودع الوديعة وأقام المودع البينة ثم أقام المستودع بينته على هلاكها لا ينجو من الضمان لأن الشهود شهدوا على هلاك الوديعة والهلاك مطلق يحتمل وقوعه قبل الجحود وبعده ولما كان هلاك المضمون يقرر الضمان ولا يوجب سقوطه لذلك كان سقوط الضمان بعد تقرره مشكوكاً واليقين لا يزول بالشك .

مادة ٧٩٥ [يرد المستودع الوديعة ويسلمها بذاته او على يد امينه] القادر على حفظها لأن للمستودع حفظ الوديعة بذاته وبواسطة امينه كما مر في المادة (٧٨٠) فله ردها بواسطة امينه ايضاً . ولا بد من ان يكون الأمين قادراً على الحفظ فأذا ردها على يد صغير غير مميز وتلفت يضمن . ولا يشترط كون الأمين بعيال المستودع فللمودع ردها مع امينه الذي هو بعياله او مع امينه الذي لم يكن من عياله . واذا رد المستودع الوديعة على ما ذكر يخلص من الضمان واذا استحقت الوديعة بعد ذلك وضبطت فلا يكون المستودع مسؤولاً وضامناً واذا سلم المستودع الوديعة الى رسول المودع بطلبه واستحقت فللمستودع الخيار ان شاء ضمن المودع وان شاء ضمن الرسول . ولا بد من ارسال الوديعة بواسطة امين المودع فأذا ارسلها مع غير امينه وادعى المستودع وصولها الى المودع وانكر المودع الوصول تقبل بينة المستودع على تسليم الوديعة الى المودع والا فالقول قول المودع على عدم الوصول . ويكفي لرد الوديعة وضعها أمام المودع بحيث يتمكن من قبضها بدون حائل . وقد قال بعض الفقهاء بلزوم رد الوديعة لذات المودع خلافاً للعارية لأن العادة لم تجر بين الناس على تسليم الوديعة لعيال المودع ولأن المودع لو كان راضياً بتسليم الوديعة لعياله لكان أودعها عندهم ولما اختار تسليمها الى المستودع . ويفهم من ظاهر المادة (٧٩٤) من المجلة قبول هذا القول . وقال الفقهاء الآخرون بأمكان تسليم الوديعة لمن هم بعيال المودع كما فصلنا ذلك بشرح المادة (٧٩٤) المذكورة .

[وأذا أرسلها وردها بواسطة أمينه فهلكت أو ضاعت قبل وصولها للمودع بلا تعدٍ ولا تقصير فلا ضمان] .

واذا ادعى المستودع الرد بواسطة امينه وانكر المودع ذلك يحلف المستودع على انه رد الوديعة للمودع او على انها تلفت وهي في يده وهذا يخالف ما جاء في المادة (١٧٧٤) لأن اليمين في المادة المذكورة على النفي واليمين على ما ذكر في شرح هذه المادة على الأثبات والفرق ظاهر بينهما . واذا مات المستودع قبل حلف اليمين فلا يحلف وارثه (راجع المادة ٨٠١) وكذا اذا توفي المودع وطلب وارثه الوديعة من المستودع فادعى المستودع ردها للمتوفى حال حياته او لوصيه بعد وفاته يصدق بقوله مع اليمين .

مادة ٧٩٦ [أذا أودع رجلان مالاً مشتركاً لهما عند شخص ثم جاء احد الشريكين في غيبة الآخر وطلب حصته من المستودع فأن كانت الوديعة من المثليات أعطاه المستودع حصته وأن كانت من القيميات لا يعطيه اياها] ٠

وهـذا رأي الأمامين لأن الأمام الأعظم حظر على المستودع تقسيم الوديعة وتسليم حصة الحاضر منها ولو كانت من المثليات لأن المستودع ليس له تقسيم الوديعة وقد جعل الامام المشار اليه عدم امكان اعطاء حصة الحاضر في المثلي والقيمي سواء ٠ وكذا الحكم في المثليات المشتركة وقبض كل شريك حصته منها على ما ورد في المادة (١١١٧) ٠ وكذا الحكم في الدين المشترك (راجع المادة ١١٠٠) ٠ وكذا الحكم في الأشخاص المتعددة اذا أودعوا مالاً فأن لبعضهم اخذ حصته ان كانت من المثليات واذا تمنع المستودع من تسليمها فله مراجعة الحاكم واخذها حكماً حتى ان المودعين أذا نهوا المستودع من تسليم حصة احدهم بغياب الآخرين وسلم خلافاً للمنع فلا يضمن عند ابي يوسف ٠ واذا سلم المستودع حصة المودع الحاضر من المثليات وتلفت في يده تتلف من ماله واذا حضر الغائب يأخذ حصته ولا يشاركه بها المودع الأول واذا سلم المستودع حصة المودع الحاضر وتلف الباقي في يده ينظر فأذا سلم الحاضر حصته بحكم الحاكم يتلف الباقي على الغائب ولا ضمان على احد واذا سلمها المستودع للحاضر بدون حكم الحاكم وحضر الغائب بعد تلف الحصة الباقية فله الخيار ان شاء شارك القابض بما قبضه وان شاء ضمن المستودع وهذا يرجع بما ضمنه على القابض وهذا الحكم فيما اذا سلمت الوديعة الى المستودع من مودعين اما اذا سلمت من احدهما فقط فترد له لأن الحاضر الثاني يمكن ان يكون شاهداً اذ لو كان مودعاً لكان شارك الآخر بالتسليم ٠ واذا كانت الوديعة من القيميات فلا تسلم الى احد المودعين بغياب الآخر ولا يسلم شيء منها كما قلنا واذا راجع الحاكم لا تسمع دعواه واذا أراد اقامة البينة على ان الوديعة له وعلى ان رفيقه كان اقر له بأنهـا ملكه لا تسمع بينته بحضور المستودع وبغياب المودع الثاني ٠ وقد جوز الفقهاء تسليم حصة الحاضر في المثلي خلافاً للقيمي لأن جهة الأفراز في المثلي وجهـة المبادلة في القيمي غالبة وليس للمستودع اجراء مبادلة المـال بين حاضر وغائب (راجع المادتين ١١١٧ و١١١٨) ٠

اما اذا كانت اموال المودعين معلومة ومقررة في الأصل وكل واحد منهم اودع ماله ولو

بحضور الآخر فللمستودع تسليم الحاضر ماله بغياب الآخر لأن حضورهما معاً وقت التسليم لا يجعلهما شركاء في الوديعة .

مادة ٧٩٧ [يعتبر مكان الأيداع في تسليم الوديعة] .

ولو كانت لا تحتاج الى الحمل والمؤنة لأن ما وجب على المستودع هو التخلية فقط والتخلية تكون في مكان الأيداع .

[مثلاً لو اودع مال في استانبول يسلم في استانبول ايضاً ولا يجبر المستودع على تسليمه في ادرنه] .

لأن المستودع لا يكلف على نقل الوديعة من مكان تسليمها لمكان آخر واذا كلف لتسليمها يكون قد تضرر والضرر ممنوع .

مادة ٧٩٨ [منافع الوديعة لصاحبها مثلاً نتاج حيوان الوديعة اي فلوه ولبنه وشعره لصاحب الحيوان] .

لأن المنافع المذكورة هي زوائد الملك والملك للمودع . وليس للمستودع بيع هذه الزيادات بدون اذن الحاكم الا اذا خاف من تلفها وكان في مكان لا حاكم فيه فله بيعها بدون اذن الحاكم كما هو الحكم في اصل الوديعة وأذا لم يبعها وتلفت لا يضمن . اما المنافع المقصودة في هذه المادة فهي المنافع المتولدة من الوديعة اما غير المتولدة منها كبدل الأيجار فهي الى المستودع فأذا آجر المستودع الوديعة وأخذ اجرتها تكون له دون المودع وان كانت غير طيبة (راجع شرح المادة ٧٤٧) . وكذا اذا اتجر المستودع بالنقود المودوعة وربح بها فالربح له دون المودع .

مادة ٧٩٩ [اذا كان صاحب الوديعة غائباً ففرض الحاكم من الدراهم المودوعة نفقة لمن يلزم صاحب الوديعة الأنفاق عليه بطلبه فصرف المستودع تلك النفقة من الدراهم المودوعة] او من مال الوديعة الذي في يده والذي يصلح لأن يكون نفقة كالحنطة واللباس او اعطى المودع الأذن الى المستودع بصرف النفقة لمن الأنفاق تجب عليه نفقته [لا يلزم الضمان اما اذا صرف بدون امر الحاكم فيضمن] .

وحيث كانت النفقة واجبة على المودع قبل القضاء والقضاء بها اعانة لمن له النفقة فلا يقال بعدم جواز القضاء بها على الغائب لمخالفتها للمادة ١٨٣٠ . والمقصود من الغائب هو الموجود فوق مسافة السفر لا دونها لأن من وجد دون مسافة السفر يمكن اقامة الدعوى عليه والأخذ منه ولا تطبق بحقه هذه المادة . ولا بد من اقرار المستودع بالوديعة والنفقة بدعوى مدعي النفقة واذا انكر الوديعة اوانكر استحقاق المدعى للنفقة بأحد اسبابها فلا يحلف بدعواه والا يكون خصماً بها . ولا بد من تحليف المدعي طالب النفقة كالزوجة مثلاً على ان الغائب لم يترك لها نفقة ولم تكن ناشزاً وهذا هو الخامس من الأيمان التي تحلف في حق الشرع على ما جاء في المادة ١٧٤٦ . ولا بد للحاكم من اخذ الكفيل على طالب النفقة بأن يكفل اعادة المبلغ المأخوذ من المستودع فيما اذا حضر الغائب وظهر بأن النفقة لا تجب عليه وهذا الحكم ليس بخاص بالمستودع بل انه يشمل المضارب و يشمل كل من وضع يده على مال الغائب ومتى قدر الحاكم النفقة على ما ذكر يدفعها المستودع واذا ادعى دفعها بعد التقدير وحكم الحاكم يصدق بقوله مع اليمين . واذا كان المستودع اب المودع أو ابنه او زوجته وغاب المودع فللمستودع صرف الوديعة على نفقته بدون اذن الحاكم لأنه ظفر بجنس النفقة واذا اختلف المودع والمستودع بالأعسار واليسار واتفقا على الصرف ينظر الى حال المستودع يوم الخصومة فأذا كان معسراً فالقول بنفقة المثل قوله واذا برهنا ترجح بينة مدعي اليسار الا اذا كان الصارف غير الأبوين والزوجة فيضمن ما صرفه بدون حكم الحاكم .

واذا صرف المستودع بدون اذن الحاكم يضمن لأن التصرف في ملك الغير ممنوع ولا ولاية للصارف في الوديعة على المودع ويملك المستودع الوديعة بالتضمين و يكون متبرعاً بصرفها وتسليمها سواء صرفها بذاته او سلمها لمدعي النفقة واذا صرف المستودع الوديعة بأذن المودع وانكر المودع الأمر والأذن وعجز المستودع عن البرهان يحلف المودع اليمين على عدم الأمر والأذن . واذا صرف المستودع الوديعة بدون اذن المودع واجاز المودع الصرف يبرأ المستودع من الضمان لأن الأجازة في ذلك هي ابراء من الضمان واذا صرف المستودع الوديعة بدون امر المودع و بدون اذنه واذن الحاكم يضمن كما قلنا الا اذا تعذر اخذ الأذن من الحاكم كمن وجد في مدينة لا حاكم فيها فلا يضمن شيئاً . ولا عبرة لما جاء في متن هذه المادة من التضمين المطلق لأنه ليس بقيد احترازي .

مادة ٨٠٠ [اذا عرض للمستودع جنون بحيث لا ترجى افاقته ولا صحوه منه وكان قد استودع مالاً قبل جنونه ثم] اثبت المودع الوديعة بحضور وليه او وصيه ترد لصاحبها ان كانت موجودة عيناً [وان لم يوجد عنده المال المذكور بعينه كان للمودع ان] يثبت الأيداع وقيمة الوديعة اذا كانت من القيميات بحضور وليه اووصيه وان [يعطي كفيلا مالياً] يكفل ما سيؤخذ من مال المجنون اذا ثبت ان لا حق للمودع به [ويضمنها من مال المجنون] اذا كان ذا مال والا ينتظر لحال يسره [ثم اذا افاق المجنون فادعى رد الوديعة لصاحبها او هلاكها بلا تعدٍ ولا تقصير يصدق بيمينه ويسترد ما اخذ من ماله بدل الوديعة] ٠

والسبب في ذلك هو ان عدم العقل ينافي اهلية الاستيداع وبعروضه على من كان عاقلاً ينفسخ الأيداع وقد قلنا برد الوديعة عيناً اذا وجدت لأن الوديع مجنون ولا يقدر على بيان التلف ولأن المستودع لا يبرأ من الوديعة الا بالرد او ببيان التلف بدون تعد وتقصير مع اليمين وطروء الجنون لا تأثير له في تغيير شيء من ذلك وقد اخذ الكفيل من المودع نظراً لأحتمال برائة ذمة الوديع ٠

مادة ٨٠١ [اذا مات المستودع ووجدت الوديعة عيناً في تركته تكون امانة في يد وارثه فيردها لصاحبها]

لأن يد الوارث كيد المورث وليس للوارث ان يتصرف بالوديعة او يعطي بدلاً منها وليس لدائني المستودع المداخلة بها ولو كانت تركته غريمة ومستغرقة بالدين لأن الدين يتعلق بذمة الميت والوديعة ملك صاحبها وحيث كان الحكم واحداً فأذا ادعى الوارث او الوصي تلف الوديعة يصدق بيمينه كالمستودع ٠ واذا اسلم المستودع الوديعة لزوجته وتوفي بعد ذلك وادعت الزوجة رد الوديعة لصاحبها او تلفها او ردها لزوجها تصدق بيمينها واذا ادعت ردها لزوجها وحلفت يكون المستودع مات مجهلاً فيجب تضمين الوديعة من تركته ٠ وتثبت الوديعة بأقرار ورثة المتوفي البالغين او بأثباتها من المودع وان كان المتوفي مديناً واذا كانت الورثة صغاراً

فلا بد من اقامة البينة من المودع على تسليم الوديعة الى المستودع ولا فرق في حفظ الوارث والمورث للوديعة الا بأمر واحد وهو ان المستودع اذا اخبر السارق عن محل وجود الوديعة فسرقها فالضمان على المستودع والسارق خلافاً للوارث فأنه اذا اخبر السارق عن محل وجود الوديعة وسرقها لا يضمن لأن يده في حفظه لم تكن مقصودة بالذات (رد المحتار) ·

[واما اذا لم توجد عيناً في تركته فأن اثبت الوارث ان المستودع قد بين حال الوديعة في حياته كأن قال رددت الوديعة لصاحبها او قال ضاعت بلا تعد فلا يلزم الضمان]·

لأن الوارث اثبت امراً لو قاله المورث برئت ذمته من الوديعة ويكلف الوارث لأقامة البينة على قول مورثه هذا لأنه يريد به رفع التجهيل عن المورث والتجهيل بعد ان تعين ووجب الضمان فالرفع لا يكون الا بالبرهان وقد ورد في هذه الفقرة (كأن قال) وهذا يفيد بأن ما يزيل التجهيل هو ليس هذه الالفاظ فقط بل كل دفع قانوني يسمع في هذا الباب اذا اورده الوارث يسمع منه على ماذكر في هذه الفقرة· ولا بدمن البحث في امر لم تبحث عنه المجلة وهو ان المستودع اذا قال حال حياته انه رد الوديعة او هلكت في يده يصدق بقوله فاذا اثبت الورثة قول مورثهم بأنه رد الوديعة او تلفت هل يحلفون اليمين بعد ذلك امر اختلف فيه الفقهاء والظاهر لا بد من تحليفهم اليمين على انهم لا يعلمون بوجوب رد الوديعة وضمان مورثهم لأن البينه قد ازالت التجهيل اما التضمين فهو باق فلا يزول الا بما كان يزول به عن المورث ·

[وكذا لو قال الوارث نحن نعرف الوديعة وفسرها ببيان اوصافها ثم قال انها هلكت او ضاعت بعد وفاة المستودع صدق بيمينه ولا ضمان حينئذ] لأن توصيف الوارث الوديعة والأقرار بها على ماذكر اثبات لأن المورث لم يمت مجهلاً فيقوم الوارث بعد ذلك مقام مورثه· [واذا مات المستودع بدون ان يبين حال الوديعة يكون مجهلاً فتؤخذ الوديعة من تركته كسائر ديونه]·

ويدخل المودع في قسمة الغرماء اذا كانت تركة المستودع غريمة ويأخذ قيمة الوديعة

بعد اقامة البرهان على تعيين القيمة والا فاليمين على مقدار القيمة للورثة اذا كانت التركة غير مستغرقة بالدين ٠

وكذا اذا قال المستودع ان فلاناً اودع عندي كيساً من المجيديات لا أعلم مقداره وهو في دكاني ثم توفي ولم يوجد هذا الكيس يكون المستودع مات مجهلاً وحكمه كالحكم الوارد في هذه المادة ٠ واذا اودع اثنان عند آخر الف قرش و بعد أن توفي المستودع وترك ولداً واحداً ادعى احدهما بأن الوارث استهلك الوديعة بعد وفاة مورثه وادعى الآخر بأن المورث مات مجهلاً واثبت كل منهما دعواه. فالأول يضمن الوارث حصته والثاني يأخذ حصته من التركة اذا كان هنالك تركة ٠ وكما ان يكون التجهيل بكامل الوديعة يكون ايضاً بقسم منها ومتى كان بالقسم فالتضمين بمقدار التجهيل و يكون التجهيل بمال المضاربة ومال الشركة ومال البضاعة والمال المأجور والمال المستعار والمال الموجود في يد الوكيل بالقبض وما شابه ذلك كقيمة الرهن الزائد عن الدين ٠

يستثنى من ذلك ٠ متولي الوقف اذا قبض غلة الوقف ومات مجهلا وكان لا مستحق للغلة الا المسجد فلا يضمن شيء من تركته الا اذا كان للغلة مستحقون وطلبوها وتمنع من تسليمها ومات مُجهلاً فيضمن من تركته قيمتها او مثلها لمستحقيها ٠ وكذا اذا استبدل المتولي الوقف بالدراهم والدنانير وقبضها ومات مجهلاً يضمن ٠ وكذا اذا سلم امير الجيش الغنائم لأحد الغزاة امانة وتوفي دون ان يبين لمن اودعها لا يضمن ٠ وكذا الحاكم اذا اودع مال اليتيم عند امين دون ان يبين الأمين لا يضمن واما اذا اخذ مال اليتيم لداره وتوفي فيضمن ٠ وكذا اذا القى الهواء ثياب جار في دار جاره وتوفي الجار مجهلاً لا يضمن ٠ وكذا اذا وضع انسان ماله في دار آخر بغيابه فمات صاحب الدار مجهلا او ادع المودع ماله عند صبي محجور ومات الصبي مجهلاً قبل البلوغ او بعد البلوغ لا يضمن الا اذا اثبت المودع وجود الوديعة في يده بعد البلوغ وكذا الحكم بالمجانين و بالمحجورين لدين وسفه وعته وغفلة ٠ ويضمن الصبي المحجور الوديعة اذا قبضها ومات مجهلاً اذا كان مأذوناً بأخذ الوديعة ٠

[وكذا لو قال الوارث نحن نعرف الوديعة بدون ان يفسرها و يصفها لا يعتبر قوله انها ضاعت و بهذه الصورة اذا لم يثبت انها ضاعت يلزم الضمان من التركة] ٠

واذا ادعى المودع التجهيل وادعى الوارث وجود الوديعة عند وفاة المورث وتلفها بعد

فالقول للطالب الا اذا اثبت الوارث رد الوديعة او تلفها حال حياة المورث · اما الشهادة فيجب ان تأتي على ان الوديعة كانت موجودة عيناً حين وفاة المورث وان المورث كان اشهد حال حياته ان الوديعة لصاحبها فلان وانه امر ورثته بدفعها وضاعت بعد ذلك بحضورهم · والفرق بين تفسير الوديعة وتوصيفها وعدم التفسير ظاهر فبالوجه الأول لا يكلف الوارث لأكثر من حلف اليمين و بالوجه الثاني يكلف لاقامة البرهان على ما ذكر بهذه الفقرة ·ولا بد للتجهيل من عدم بيان حال الوديعة فأذا بين المستودع حال الوديعة ثم مات مجهلاً لا تضمن تركته ولا تقبل دعوى للمودع اذا قال ان المستودع مات دون ان يبين حال الوديعة الا اذا قال بأنه مات مجهلاً دون ان يبين حالها · واذا قال المستودع بأن المودع قبض بعض الوديعة ومات بعد مجهلاً يكلف المودع لبيان ما قبضه و يثبت ذلك بقوله و يكلف الورثة لأثبات الزيادة والا حلف المودع اليمين ·

مادة ٨٠٢ [اذا مات المودع تسلم الوديعة لوارثه] او لوصي الوراث ووليه ولا تسلم لغير الوارث او لأحد الورثة اذا كانوا متعددين ولو بأمر المودع لأن الأمر يسقط بوفاة المودع واذا سلم المستودع الوديعة لغير الوارث يضمن ·ولا تسلم الوديعة للوارث اذا كان للمتوفي المودع جملة ورثة الا اذا اجازوا التسليم فأذا كانت الوديعة قابلة للقسمة يسلم كل وارث حصته واذا كانت لا تقبل القسمة تعطى لهم سوية ولا تسلم الوديعة لأمين بيت المال اذا كان للمودع وارث ولو كان غائباً واذا سلم المستودع الوديعة لأمين بيت المال ولم يجز الوارث وتلفت الوديعة يضمنها المستودع · يستثنى من ذلك تسليم صك الدين للوارث مثلاً اذا اقر رجل بدين لآخر بصك سلمه ذلك الآخر الى مستودع وتوفي بعد ذلك فللمستودع حبس الصك عن الوارث اذا كان يعلم بأن المورث المودع كان قبض جانباً من المبلغ المقر به لأنه اذا سلمه يضر بالمدين والضرر ممنوع راجع المادة ١٧ ·

[لكن اذا كانت التركة مستغرقة بالدين فيرفع الأمر الى الحاكم فأن سلمها المستودع الى الوارث بدون اذن الحاكم فأستهلكها هو ضمن المستودع]

لأن الدين مقدم على الارث وكذا الحكم بالمدين فأذا ادى دين المورث لوارثه وكانت التركة مستغرقة بالدين يضمن المديون ما اداه (تكملة) ·وكذا ليس للمستودع تسليم الوديعة

لبعض الدائنين اذا تعددوا واذا سلم ضمن حصة الباقين الا اذا كان الدائن اميناً فأنه يستلم الوديعة المستودع ويؤدي الدين · ولا بد لتضمين المستودع الوديعة والا اذا وجدت عيناً اخذها الدائن من الوارث · وللمستودع تسليم الوديعة لوصي الميت ولو التركة مستغرقة بالدين وله تسليمها لأمين بيت المال بأمر الحاكم اذا كان لا وارث معروف للمودع وكان غير مدين واذا ظهر الوارث اخذها من بيت المال لا من المستودع · وكذا الحكم بتسليم الوديعة للوارث اذا كانت اموال المديون الباقية تكفي لأداء الدين · اما مستودع الغاصب فله اعادة الوديعة عيناً للغاصب واذا اعادها برء من الضمان (تكملة) ·

مادة ٨٠٣ [الوديعة اذا لزم ضمانها فأن كانت من المثليات تضمن بمثلها وان كانت من القيميات تضمن يوم لزوم الضمان]

ولا يجوز تضمين مثل القيمي ولا قيمة المثلي · وكذا اذا استعمل المستودع الوديعة فنقصت قيمتها يضمن قيمة ما نقص بنسبة يوم الاستعمال واذا مات المستودع مجهلاً ضمن قيمة الوديعة بنسبة يوم الوفاة · وكذا اذا انكر المستودع الوديعة ثم هلكت ووجب تضمينه يضمن قيمتها بنسبة يوم استعمالها ويجب لتعيين هذه القيمة اقامة البينة من المودع او اقرار المستودع او نكوله عن اليمين اما قيمة سند الدين وقائمة الحساب هي قيمة الورقة مكتوبة لا قيمة ما درج وحرر فيها من الدين لذلك اذا اودع رجل عند آخر سند دين بمبلغ على آخر فأتلف المستودع الأمين هذا السند لا يضمن الا قيمته مكتوباً لأن اتلاف السند والقائمة لا يتضمن اتلاف الدين وضياعه الا اذا تعذر اثبات الدين بطريق آخر وحلف المديون اليمين فيرجع عندها المودع على المستودع بمبلغ الدين المحرر بالسند ايضاً · وقد اغفلت المجلة من اهم احكام الوديعة ما لو خالف المستودع امر المودع المقيد ثم عاد الى الوفاق ثم تلفت بلا تعد ولا تقصير والمعروف في كتب الفقه انه لا ضمان في هذه الحالة لأن عودة المستودع الى الوفاق تخرجه من حال الغصب الحكمي وتعيده الى حال الأمانة استناداً الى عقد الأيداع الأول ومجرد المخالفة لا تفسخ عقد الأيداع لأنه امر حسي خلافاً للأجارة والاعارة على ما مر في المادتين ٥٤٥ و٨١٤ فأن المخالفة فيهما توجب فسخ العقد والعقد المنفسخ لا يعود بدون رضاء المتعاقدين ·

نزاع اثنين في الوديعة والاختلاف بين المودع والمستودع

اذا ادعى اثنان بمال في يد آخر بأنه وديعة لهما وانكر المدعى عليه دعواهما ووجب تحليفه يحلفه الحاكم بدعوى ايهما شاء واذا اختلفا بالتحليف وكل منهما اراد ان يحلف المدعى عليه قبل الآخر يقترع الحاكم تقدم التحليف ويحلف المدعى عليه فأذا امتنع المدعى عليه من حلف اليمين لكل منهما كان المال المدعى به مشتركاً بينهما ويدفع المدعى عليه لهما نظير المبلغ المدعي به منه لعدم امكان ترجيح احدهما على الآخر ولأن نكوله اقرار بدعوى كل منهما واذا حلف بدعوى احدهما ونكل عن الحلف بدعوى الآخر يحكم عليه بدفع المدعي به لمن نكل عن الحلف بدعواه واذا كلف المدعى عليه لحلف اليمين فنكل من حلفه للمدعى الأول فلا يحكم للمدعي الأول ما لم يحلف المدعي عليه اليمين بدعوى المدعي الثاني او ينكل عن الحلف واذا حكم الحاكم بذلك فلا ينفذ حكمه وقضائه ٠

واذا قال المدعى عليه بأن المدعى به هو وديعة احد المدعيين الا انني لا اعلم ايهما اودعه يأخذ المدعيان المدعي به مشتركاً واذا لم يتفقا يحلفان المدعي عليه اليمين ويجري بحقه بعد التحليف ما سبق من الحكم والتفصيل ٠

واذا ادعى المودع الوديعة من المستودع وادعي المستودع ملكية المدعي به فالقول قوله مثلاً اذا قال المودع للمستودع كان لي عليك الف قرش فاعطيتني اياها فقال المستودع ان المبلغ الذي اعطيتك اياه هو لي رده لي فالقول قول المقر له ٠ وكذا اذا قال المودع كنت اودعت عندك دابة وبعد ان استعملتها رددتها لى فقال المستودع لا ان الدابة هي لي لا لك فالقول قول المقر له عند الأمامين خلافاً للأمام الاعظم فأنه قال بأن القول قول المقر ٠ (بزازية)

اذا ادعى المستودع تلف الوديعة بعد الجحود لا تقبل دعواه للتناقض ويضمن اذا قال لا وديعة لك عندي ثم ادعى تلفها قبل الجحود وبرهن يقبل برهانه ودعواه واذا ادعى التلف بعد الجحود يضمن واذا عجز عن اثبات التلف قبل الجحود وحلف المستودع يحلفه على عدم علمه بالتلف واذا برهن على التلف فيجب على الشهود ان يشهدوا بأن التلف وقع قبل الجحود لا على مجرد التلف ٠ وكذا لا يسمع قول المستودع اذا ادعى ضياع الوديعة بعد ان ادعى ردها او ادعي الرد بعد ان ادعى الضياع ٠ واذا ادعى المدعى عليه الوديعة وادعى المدعي الغصب

يطلب البرهان من مدعى الغصب واليمين من مدعي الأمانه واذا كان للمودع بذمة المستودع الف قرش وديعة والف قرش ديناً فدفع المستودع ألفاً وادعى بأن ما دفعه هو الدين وان الوديعة تلفت يحلف اليمين ·

« الباب الثالث »

(في العارية ويشتمل على فصلين)

المجلة جمعت العارية والوديعة في كتاب واحد لأنهما من اصل واحد وهو الأمانة · واخرت العارية عن الوديعة لأن العارية تتضمن الأيداع وتمليك المنافع والوديعة تتضمن الأيداع فقط وقد بدأت المجلة بذكر الأولى ·

العارية ثابتة بالكتاب وهو قوله تعالى (ويمنعون الماعون) اي ويمنعون ما يعاورون تجري بكل ما ينتفع به بدون استهلاك عينه فلا تجري في المكيلات والموزونات لأنها لا ينتفع بها بدون استهلاك عينها وثابتة بالسنة فالرسول (صلعم) استعار فرس ابي طلحة وركبها وكذا استعار درعاً من صفوان وقال المنحة مردودة والعارية مؤداة · وكذا الفقهاء فقد اجمعوا على تجويزها وقال اكثرهم بأنها مستحبة وقال بعضهم بأنها واجبة ·

***

(الفصل الاول)

(في المسائل المتعلقة بعقد الأعارة)

اركان الأعارة هي الصيغة والمعير والمستعير والمعار · وشروطها تعود الى المستعير والمعير والمستعار والقبض كما سيأتي ·

ماده ٨٠٤ [الأعارة تنعقد بالأيجاب والقبول و بالتعاطي]

ولا تنعقد بدون ايجاب وقبول فأذا ارسل رجل رسولاً لاستعارة مال من آخر ولما لم يجده

في داره اخذ المال وسلمه الى المستعير وتلف فلصاحب المال الخيار بتضمين ايهما شاء وايهما ضمن لا يرجع على الآخر (راجع المادتين ٨٩١ و٦٥٨)٠ولا تنعقد بالأيجاب فقط بل لا بد لها من قبول المستعير او وجود المستعير عند الأيجاب واخذه المال او وجود رسوله واستماع الأيجاب او اخباره بذلك من فضولي واخذه المال بعد ذلك، اما اذا لم يسمع الأيجاب لا بالذات ولا بواسطة رسوله او بواسطة فضولي واخذ المال بعد ذلك فيضمن ٠

ولا تنعقد الأعارة بلا ايجاب فأذا قال المودع الى المستودع بدون سبق طلب خذ هذا الحصان واستعمله فيكون وديعة ولو استعمله الآخذ ونفقته على صاحبه ٠

[مثلاً لو قال شخص لآخر اعرتك مالي هذا او قال اعطيتك اياه عارية فقال الآخر قبلت او قبضه ولم يقل شيئاً او قال رجل لأنسان اعطني هذا المال عارية فأعطاه اياه انعقدت الأعارة] ٠

يستنبط من مثال هذه المادة سبعة احكام الأول انعقاد الأعارة بغير لفظ الأعارة فتنعقد بلفظ القرض كقول المعير للمستعير اقرضتك دابتي هذه لتستعملها يكون ذلك عارية لا قرضاً فاسداً لأن القرض الفاسد هو استهلاك الدابة بالأنتفاع ورد مثلها وهو يوجب تضمين القيمة وقد اشار الى ذلك واضع القانون بكلمة (مثلاً الوارد في هذه المادة ٠ وقد اختلف بأنعقاد الأعارة بلفظ الأجارة كقول المعير آجرتك داري هذه مدة كذا بدون اجرة فمن الفقهاء من قال بأنعقادها ومنهم من قال بعدم انعقادها والظاهر عدم الانعقاد والثاني وقوع الأيجاب من المعير او من المستعير كما هو الحال في البيع والأجارة والثالث كون ركن العارية قولياً او الأيجاب قولياً والقبول فعلياً او الأيجاب فعلياً والقبول قولياً او الأيجاب والقبول بالتعاطي والرابع عدم انعقاد الأعارة بالوعد كقوله اذا جاء الغد اعرتك دابتي الا اذا استعار المستعير الدابة واستلمها على ان يستعملها في الغد صحت الاعارة لأنعقادها في الحال ٠ والخامس كون الجهالة في المنافع المستعارة لا تفسخ الأعارة لان الاعارة عقد غير لازم وللمعير فسخها متى شاء فالجهالة لا تفسدها٠ والسادس كون معلومية المال المستعار شرطاً والسابع كون المال المستعار ملك المعير فلا يجوز للزوجة اعارة مال زوجها ولا للغاصب اعارة المغصوب ولا يشترط كون المعير مالكاً

لرقبة المال المستعار فيجوز لمن ملك انفعة اعارتها كالمستأجر فله اعارة المأجور اذا كان لا يختلف باختلاف المستعملين والمستعير له اعارة المال المستعار ٠

مادة ٨٠٥ [سكوت المعير لا يعد قبولاً] لأن الأعارة تحتاج الى أيجاب وقبول قولاً او فعلاً كما ورد ذلك في المادة السابقة والسكوت ليس بقول ولا فعل ٠

[فلو طلب شخص من آخر أعارة شيء فسكت صاحب ذلك الشيء ثم اخذه المستعير كان غاصباً] واذا تلف كان ضامناً والقاعدة في ذلك انه لا ينسب الى ساكت قول يلحقه حكم مدني او شرعي في الأحوال العادية فلو قال احد لآخر اشتريت او استأجرت دارك بكذا او استعرتها فسكت المخاطب فيما ليس مجبوراً على اعطاء الجواب لا يكون بائعاً ولا مؤجراً ولا معيراً اما السكوت في الأحوال الغير العادية التي يكون المخاطب فيها مجبوراً على الجواب فأنه يعتبر بحكم القانون بياناً بطريق الحاجة ٠

مادة ٨٠٦ الأعارة ليست بعقد لازم ولكل من الطرفين فسخها لذلك اولاً [للمعير ان يرجع عن الأعارة متى شاء] حتى قبل ان يستعملها المستعير سواء كان المستعار ارضاً او عقاراً او حيواناً وسواء تضرر المستعير بالرجوع ام لم يتضرر ٠

والسبب في ذلك هو ان المنافع تحصل آناً بعد آن وقد ملك المعير المستعير المنافع الموجودة ولم يملكه المنافع المستقبلة لأن ملكية المنافع المستقبلة مستحيلة وقد ورد في الحديث « المنحة مردودة والعارية مؤداة » الا ان الرجوع عن العارية قبل تمام الوقت مكروه اذا كانت موقتة واذا عمر المستعير حائطاً في الدار المعارة بلا امر المعير وفسخت الأعارة لا يرجع المستعير على المعير بشيء من المصرف وليس له هدم الحائط اذا عمره من تراب الأرض المعارة ٠ واذا عمر المستعير ابنية في الأرض المعارة لنفسه بأذن المعير ثم باع المعير الأرض بجميع حقوقها فيلزم المستعير هدم بناءه ٠ وكذا اذا اذن المعير للمستعير بوضع جذوعه على حائطه ثم باع الدار من آخر فللمشتري رفع الجذوع من فوق الحائط الا اذا اشترط البائع حين البيع قرار الجذوع و بقاءها ٠ وكذا اعاره حائطه لوضع جذوعه ثم توفي المعير فلوارثه رفعها ولو اشترط بقائها حين الوضع ٠ وكذا اذا اعار عرصة لأحد ورثته فعمر عليها بناء ثم توفي المعير فلورثته هدم البناء الا اذا اصاب المستعير

حين القسمة . وكذا اذا استعار داراً وعمر فيها ابنية لنفسه بدون اذن المالك ثم توفي المعير فلورثته هدمها . وكذلك للمستعير فسخ الأعارة وهدم بنائه ورفعه منها سواء كانت الأعارة موقتة او غير موقتة . وكذا للمعير والمستعير فسخ العارية باتفاقهما . وتلزم العارية في الوصية فأذا أوصى رجل بأعارة مال لآخر بعد وفاته تلزم الأعارة اذا كانت تخرج من الثلث والا يلزم منها ما يعادل الثلث .

مادة ٨٠٧ [تنفسخ الأعارة بموت المعير والمستعير] لأن المستعير لايملك الا ماهو موجود ولا يملك المنافع المستقبلة قبل حصولها فأذا توفي المستعير قبل حصولها سقط من اهلية الأستعارة واذا توفي المعير قبل استيفاء منافع العارية انتقل المال المعار لوارثه ولا يبقى حكم للأعارة لأن الورثة لم يعقدوا أعارة بحق المنافع المستقبلة . ولذا اذا توفي المعير وجب على المستعير رفع يده عن العارية وأذا استعملها صار غاصباً . وكذا اذا توفي المستعير فليس لوارثه استعمال العارية واذا استعملها كان غاصباً واذا مات المستعير مجهلاً ولم توجد العارية تضمن من تركته . وقد ذكرنا في الأجارة انها تنفسخ بوفاة احد العاقدين وهي لازمة على قول السادة الحنفية فالأعارة اذاً أولى بالأنفساخ وقد ورد النص في قانون أيجار العقار على عدم انفساخ الأجارة بوفاة العاقدين او احدهما ولم يرد هكذا نص بحق الأعارة فصار الانفساخ مقصوراً في الأعارة بسبب الوفاة .

مادة ٨٠٨ [يشترط ان يكون الشيء المستعار صالحاً للأنتفاع به] بدون استهلاك عينه وان لا يشترط العوض في العارية وان لا يكون المستعار صبياً تحت الوصاية . لذلك لا تجوز أعارة الشموع للأيقاد والحطب للأحراق والطعام للأكل .

[بناءً عليه لا تصح أعارة] الدراهم والدنانير والمثليات والعدديات المتفاوتة التي لا ينتفع بها بدون استهلاك عينها ولا أعارة [الحيوان النادّ الفار ولا استعارته] حتى اذا استعار المستعير الحيوان الفار وامسكه واستعمله كان غاصباً واذا استعاره وترك تعقيبه وحفظه على هذا الوجه لا يضمن .

واعلم بأن اعارة المثليات قرض لان الأنتفاع بالمثليات لا يكون الا باستهلاك أعيانها

والاستهلاك يتوقف على الملك والتمليك وتمليك العين كما يكون هبة يكون قرضاً والقرض ادنى من الهبة من حيث الضرر لأن القرض يرد مثله والمثل يقوم مقام العين الا اذا أعيرت المثليات بشرط الأنتفاع بها و بقاء عينها فتكون عارية لا قرضاً كاستعارة الليرة لجعلها معياراً لغيرها او استعارة الأموال لتزيين الدار والأبنية . وكذا الاعارة تعتبر قرضاً اذا وقعت في القيميات لاستهلاك اعيانها وتعتبر اعارة اذا شرط فيها بقاءالعين واذا اعير القيمي واخذه المستعير واستهلكه يكون قرضاً كأعارة صحن الحلوى بوعاء. الا اذا كانت صداقة المعير والمستعير تخول كلاً منهما التصرف في مال الآخر فتكون الأعارة اباحة .

ومتى شرطت الأجرة بالأعارة كانت أجارة وليس للصبي اعارة نفسه وليس لوليه ووصيه ذلك لعدم جواز التبرع بمنافعه ولوليه ووصيه اعطاءه لاستاذ لتعلم الصنعة .

اتضح مما ذكرنا ان الشيء الصالح للأنتفاع يجب ان يكون موجوداً ومالاً متقوماً ومقدور التسليم كما في البيع ويزاد هنا . وجوب بقاء العين بعد الانتفاع اما ما كان غير مقدور التسليم فأعارته باطلة كما يفهم من ظاهر عبارات الفقهاء وينبغي ان تكون فاسدة لامكان جواز اضافتها الى المستقبل .

مادة ٨٠٩ [يشترط كون المعير والمستعير عاقلين مميزين] وان يكون المستعير معيناً والمعير مالكاً لعين المعار او لمنفعته وان لا يكون مكرهاً [ولا يشترط كونهما بالغين] كما هو الحكم في الوديعة .

[بناءً عليه لا تجوز أعارة المجنون والصبي الغير المميز ولا استعارتهما] .

وكذلك لا تجوز الأعارة لشخص غير معين كمن قال الى اثنين انني أعرت احدكما فرساً ويجب ان يكون مالكاً للعين او للمنفعة كالموصى له بمنفعة عين معلومة فله اعارتها. وحيث لاتجوز اعارة المحجورين ولا الأستعارة منهم فأذا استعار رجل مالاً من مجنون او محجور يكون غاصباً وكذا اذا أعار ماله لمجنون او محجور واتلفه المستعير فلا ضمان عليه لان المعير هو الذي سلط المحجور على اتلاف ماله واذا أعار صبي لصبي آخر مال غيره وتلف في يد المستعير فالضمان عليهما اذا كانا محجورين وعلى المأذون منهما ان كان الآخر محجوراً وكذا الولي والوصي فليس لهما اعارة مال من هو بوصايتهم لان اعارته ليست من التجارة ولا من توابعها .

[واما الصبي المأذون فتجوز أعارته واستعارته] فأذا أعار ماله الى كبيراو الى صغير مأذون او غير مأذون وتلف لا يضمن المستعير واذا استعار ممن لا تصح اعارته وتلف المال في يده يضمن .

مادة ٨١٠ [القبض شرط في العارية فلا حكم لها قبل القبض] لانها عقد تبرع والقبض شرط في عقود التبرع .

الأذن بالقبض اما ان يكون صريحًا او دلالة وفي كليهما جاز للمستعير ان يقبض المال المعار في مجلس العارية و بعد التفرق عنه فأذا قال المعير للمستعير اعرتك ثوري هذا واخذه المستعير في اليوم الثاني تمت العارية خلافًا للهبة فأنها تحتاج للقبض في نفس المجلس والفرق ظاهر بين الهبة والعارية لان الأولى تمليك العين والمنفعة وهي اكثر من العاريه ولان الاولى عقد لازم والثانية عقد غير لازم .

مادة ٨١١ [يلزم تعيين المستعار] او تخيير المستعير لان جهالة العين المستعارة تخل بصحة الأعارة .

[بناءً عليه اذا أعار شخص احدى دابتين بدون تعيين ولا تخيير لا تصح الأعارة بل يلزم ان يعين المعير منهما الدابة التي يريد أعارتها]

واذا قال للمستعير اذهب الى آخوري وخذ واحدة من الدابتين الموجودتين فيه ولم يخيره وذهب واخذ احداهما كان غاصبًا .

[لكن اذا قال المعير للمستعير خذ ايهما شئت عارية وخيره صحت العارية]

وتجوز اعارة المشاع خلافًا للأجارة والهبة سواء وقعت الأعارة للشريك او للأجنبي و كذلك تجوز اعارة الشيء الواحد الى شخصين والسبب في ذلك هو ان الاعارة عقد غير لازم فلا يكلف المعير جبراً على تسليم ماله خلافاً للاجارة فأنها عقد لازم اذا جاز فيها أيجار المشاع وجب التسليم وهذا مضر بالمؤجر و بشريكه .

***

الفصل الثاني

(في بيان احكام العارية اي آثارها وضماناتها)

مادة ٨١٢ [المستعير يملك منفعة العارية بدون بدل فليس للمعير ان يطلب من المستعير اجرة بعد الأستعمال] الا اذا ادعى الاجارة وكان المستعير قد استعمل العارية فالبينة لمدعي الايجار واليمين يمين منكره ٠

مادة ٨١٣ [العارية امانة في يد المستعير فأذا هلكت اوضاعت او نقصت قيمتها بلا تعدٍ ولا تقصير فلا يلزم الضمان] سواء استعملها المستعير ام لم يستعملها وقد ورد في الحديث « ليس على المستعير غير المغل ضمان » ولان المال المستعار استعمل بأذن صاحبه لا على وجه الاستيفاء (يستثنى من ذلك الرهن) ولا على سبيل المبادلة (يستثنى من ذلك المال المقبوض على سوم الشراء بعد تسمية الثمن) ٠

ولا يتصور التعدي مع وجود الاذن الا ترى ان من اتلف مال آخر بأذنه لا يضمن ٠ وقال الشافعي بعدم تضمين المستعير اذا تلف المال في يده وهو يستعمله الاستعمال الذي اذن به ٠

و يستفاد من اطلاق هذه المادة امران الاول عدم تضمين المستعير سواء كان تلف العارية ظاهراً او غير ظاهر و يقبل قوله ولو ادعى التلف اثناء مرضه ٠ والثاني عدم الضمان ولو اشترط على المستعير كما هو الحكم بالرهن اذا اشترط ضمانه على القول المفتى به ٠

[مثلاً اذا سقطت المرآة المعارة من يد المستعير بلا عمدٍ او زلقت رجله فسقطت المرآة فانكسرت لا يلزم الضمان وكذا لو وقع على البساط المعار شيء فتلوث به و نقصت قيمته فلا ضمان] ٠

وكذا اذا ربط المستعير المعار بحبل على الوجه المعتاد فتحبل وتلف او تلفت طاسة الحمام في يد مستعمل الماء او كسر السيف المعار في يد المقاتل في الحرب او تلف اللباس المعار اثناء لبسه من المستعير بدون تعدٍ وتقصير لا يضمن ٠ وكذا اذا تلف الحيوان المعار بالاستعمال او صار

الثوب المعار باللبس غير صالح للاستعمال او كسر وعاء المقهى في يد المشتري قضاءً لا يضمن .
يستثنى من ذلك امران الاول اذا كانت العارية موقتة ولم يردها المستعير بعد مضي الوقت وتلفت
يضمن سواء تلفت باستعماله او بدون استعماله . والثاني اذا تبين ان المال المعار ملك غير المعير
وتلف في يد المستعير يضمن لأن الأستحقاق اثبت كون المال مغصوباً من صاحبه والغير يجب
ان يكون مالكاً للمال المعار كما هو الحكم بالوديعة فالمستعير بالنسبة الى المالك غاصب الغاصب
والمالك بالخيار ان شاء ضمن الغاصب وان شاء ضمن غاصب الغاصب وايهما ضمن لا يرجع على الآخر .
لان المعير ملك المال بالتضمين وقد اعاره والمستعير لا يرجع لان الفائدة من العارية تعود على
القابض المستعير . وكذا اذا أعار احد الشريكين المال المشترك وتلف فللشريك الآخر تضمين
حصته للمعير او للمستعير واذا اثبت المستحق دعواه لا يكلف لأقامة البرهان على انه لم يبع المال
المعار ولم يهبه واذا ادعى المعير انتقال المال المعار له بهبة او ببيع يكلف لأقامة البينة والا يحلف
المستحق اليمين على دعوى المدعي المعير . واذا تعدى المستعير على العارية وخالف المعير بشرطه
ثم عاد الى الوفاق لا تعود له يد الأمانة . وكذا الحكم بالمستأجر وبالمستعير لغير الرهن .

مادة ٨١٤ [أذا حصل من المستعير تعدٍ او تقصير بحق العارية ثم هلكت او
نقصت قيمتها فبأي سبب حصل الهلاك او النقص يلزم المستعير الضمان] .

واذا وقع التعدي من غير المستعير ثم تلف المال المعار في يده بدون ان يستعمله لا يضمن
واذا استعمله يضمن لان الفعل قد قارن النية .

اما أنواع التعدي فهي تلف الحيوان المعار بكبحه باللجام وقلع عينه بالضرب واستعماله على
غير ما شرط المعير وتحميله ما لا يطيق حمله واستعماله ليلاً نهاراً واستعماله لحرث ارض اقسى
من الارض التي استعاره لحرثها .

ومن التقصير ترك الدابة المعارة في الطريق او على باب المسجد وضياعها سواء ربطها ام لم
يربطها وتركها في المرعى خلافاً للعادة .

ولا ينظر الى سبب الهلاك بلزوم الضمان ويكفي التعدي على العارية لان يد الأمانة لاتعود
الى المستعير كما قلنا فسواء تلفت العارية اثناء التعدي او بعد زواله مثلاً اذا استعار دابةً
ليرهنها فاستعملها قبل الرهن وتلفت ولو بعد ان ترك التعدي يضمن . ولا بد من حصول الهلاك

والتلف فأذا أعاد المستعير المال المعار الى المعير بدون ان يتلف فلا ضمان عليه . أما القيمة الواجب أداؤها فهي قيمة المال المعار وقت التعدي فلو استعار دابة ليستعملها خمسة ايام فتلفت في يده في اليوم العاشر يضمن قيمتها في اليوم السادس لان يد التعدي حصلت في اليوم المذكور . واذا اختلف المعير والمستعير بقيمة المعار فالقول قول المستعير .

[مثلاً اذا ذهب المستعير بالدابة المعارة الى محل مسافته يومان في يوم واحد فتلفت تلك الدابة او هزلت ونقصت قيمتها لزم الضمان] .

وكذا اذا استعار دابة واردف رديفاً عليها وتلفت يضمن كل قيمتها اذا كانت لا تحملهما ويضمن نصف قيمتها اذا كانت تحملهما معاً . وكذا اذا استعار فداناً ليحرث به ارضه فربطه وتركه بعد الحرث وتلف يضمن .

[وكذا لو استعار دابة ليذهب بها الى محل معين فتجاوز بها ذلك المحل ثم هلكت الدابة حتف انفها لزمه الضمان] .

سواء تلفت أثناء التجاوز او بعده لأن التجاوز تعدٍ . وكذا اذا نام المستعير ومقود الدابة المعارة في يده فقطع السارق المقود وسرق الدابة المعارة لا يضمن السارق شيئاً سواء وقعت السرقة بحال السفر او بحال الحضر واذا سرق السارق الدابة بأخذ مقودها من المستعير بينما كان نائماً ينظر فأذا نام مضطجعاً يضمن واذا نام جالساً لا يضمن لأنه لو نام قاعداً وتلف الحيوان وهو أمامه لا يضمن ولو كان المقود ليس بيده . وكذا اذا استأجر بقرة للحرث وكدنها مع بقرة بضعف قوتها واستعملها يضمن اذا كان ذلك مخالفاً للعادة والا لا يضمن . وكذا اذا استعار دابة ليذهب بها لمكان وذهب لمكان آخر وتلفت يضمن ولو كان المكان الذي ذهب له اقصر طريقاً وأسهل من المكان الذي استعار الدابة من اجله . وكذا اذا استعار دابةً ليذهب بها لمكان فأمسكها في داره فتلفت يضمن لأن الأمساك تعد . واذا اختلف المعير والمستعير بالرد والتلف بعد التعدي بأن ادعى المستعير بأنه رده سالماً وادعى المعير بأنه تلف في حال التعدي وبرهنا ترجح بينة المعير .

[وكذلك اذا استعار انسان حلياً فوضعه على صبي وتركه بدون ان يكون عند

الصبي من يحفظه فسرق الحلي فأن كان الصبي قادراً على حفظ الأشياء التي عليه لا يلزم الضمان وان لم يكن قادراً لزم المستعير الضمان] .

لأن الصغير اذا كان قادراً على حفظ العارية يكون بمثابة المستعير الثاني والمستعير له اعارة المال المعار الى غيره والجواز الشرعي مناف للضمان (راجع المادة ٨١٩) . اما اذا كان الصبي غير قادر على حفظ العارية فيضمن لأن تسليمه العارية استهلاك . واذا سلم المستعير العارية للصغير وتلفت بسرقتها فللمعير تضمين المستعير وهذا يرجع على السارق او تضمين السارق وهذا لا يرجع على احد .

وكذا اذا شرط المعير على المستعير سحب الحيوان المعار من رسنه فتركه المستعير يمشي أمامه فوقع وتلف يضمن . وكذا اذا توفي المستعير مجهلاً يضمن المعار من تركته . واذا ادعى المستعير كون التصرف المضر وقع بأذن المعير وامره يكلف لأثبات دعواه والا يحلف المعير اليمين على عدم الأذن . واعلم بأن التضمين على ما ذكر اي التضمين بعد التعدي ولو عادت يد الوفاق ينحصر بالمستعير اما المستودع اذا تعدى على الوديعة وعاد الى الوفاق فلا يضمن وتعود له يد الأمانة . وكذا المستعير للرهن اذا تعدى قبل الرهن وعاد الى الوفاق وتلف المعار والمضارب اذا خالف الأذن والشرط وعاد الى الوفاق وتلف المال في يده والمستبضع اذا خالف شرط المبضع بأن سافر بالبضاعة لغير المكان الذي امر به وعاد الى الوفاق والوكيل بالبيع اذا استعمل المال وعاد الى الوفاق والوكيل بالحفظ والوكيل بالأجارة والوكيل بالاستئجار وشريك المفاوضة وشريك العنان اذا تعدوا على المال الذي وكلوا ببيعه او بأيجاره او استئجاره او على مال الشركة وعادوا الى الوفاق وتلف المال في يدهم لا يضمنون شيئاً .

مادة ٨١٥ [نفقة المستعار على المستعير] لأن الغرم بالغنم فأذا أعار رجل دابته لآخر على ان يستعملها و يعلفها يكون العقد عاريةً لا أيجاراً ولا يفهم من هذه المادة لزوم اجبار المستعير على الأنفاق لان الأعارة عقد غير لازم ولكل من العاقدين فسخها .

[فبناء عليه لو ترك المستعير الدابة المعارة بدون علف فهلكت ضمن] .

لأنه امسكها في يده بدون علف وهذا ما اوجب عليه الضمان خلافاً للامام الشافعي حيث قال

بأن النفقة من حقوق الملك وهي تعود على المالك وقد قال بأن المعير اذا اعار المال مشترطاً نفقته على المستعير يكون العقد اجارة فاسدة لجهالة المدة والبدل لا اعارة . والحقيقة ان النفقة طريق للتمكن من الانتفاع بالمعار الذي صارت منفعته مملوكة للمستعير وقد جرى العرف العام بذلك وعدم الانفاق نوع من التقصير في الحفظ .

مادة ٨١٦ [اذا كانت الأعارة مطلقة اي لم يقيدها المعير بزمان او مكان او بنوع من أنواع الانتفاع كان للمستعير استعمال العارية في اي مكان وزمان شاء على الوجه الذي يريده لكن يقيد ذلك بالعرف والعادة] .

وله اعارة المال المعار لغيره لأن المستعير يتصرف في ملك الغير بأذنه فله استعماله والتصرف به مطلقاً حسب الأذن ولا تفسد الأعارة لجهالة المنفعة قياساً على الأجارة لأمكان فسخ الاعارة لعدم اللزوم وعدم امكان فسخ الاجارة .

ويفهم من هذه المادة ومن المادتين ٨١٩ و ٨٢٠ بأن الاعارة اما ان تكون مطلقة او مقيدة وكل من المطلقة والمقيدة تكون دائرة بين الزمان والمكان والانتفاع والمنتفع والشرط المفيد فتكون الأعارة عشرة اقسام واذا اخذنا الطرفين مركبين يحصل اربعة اقسام اخر وحيث ان جميع هذه الاقسام اما ان تكون مطلقة او مقيدة لذلك تكون الاعارة ستة عشر قسماً فتكون الاعارة والحالة هذه :

١ مطلقة بالزمان ومقيدة بالمكان والأنتفاع والمنتفع والشرط المفيد
٢ مطلقة بالمكان ومقيدة بالزمان والأنتفاع والمنتفع والشرط المفيد
٣ مطلقة بالانتفاع ومقيدة بالزمان والمكان والمنتفع والشرط المفيد
٤ مطلقة بالمنتفع ومقيدة بالزمان والمكان والانتفاع والشرط المفيد
٥ مطلقة بالشرط المفيد ومقيدة بالزمان والمكان والأنتفاع والمنتفع
٦ مقيدة بالزمان ومطلقة بالمكان والانتفاع والمنتفع والشرط المفيد
٧ مقيدة بالمكان ومطلقة بالزمان والأنتفاع والمنتفع والشرط المفيد
٨ مقيدة بالانتفاع ومطلقة بالزمان والمكان والمنتفع والشرط المفيد
٩ مقيدة بالمنتفع ومطلقة بالزمان والمكان والانتفاع والشرط المفيد

١٠ مطلقة بالشرط المفيد مطلقة بالزمان والمكان والأنتفاع والمنتفع
١١ مطلقة بالزمان والمكان ومقيدة بالأنتفاع والمنتفع الشرط المفيد
١٢ مطلقة بالزمان والمكان والانتفاع ومقيدة بالمنتفع والشرط المفيد
١٣ مقيدة بالزمان والمكان ومطلقة بالانتفاع ,المنتفع والشرط المفيد
١٤ مقيدة بالزمان والمكان والانتفاع ومطلقة بالمنتفع والشرط المفيد
١٥ مطلقة بجميع هذه الاحوال
١٦ مقيدة بجميع هذه الأحوال

فأذا كانت الأعارة مقيدة بالزمان والمكان وشرط الانتفاع يجب على المستعير اعتبار التقييد وعدم مخالفته اصلاً . واذا كانت مقيدة من حيث الانتفاع فليس للمستعير مخالفة المعير بأكثر من الشرط وله مخالفته بأدنى و بأنفع منه واذا قيدت من حيث المنتفع فيعتبر التقييد فيما يختلف بأختلاف المستعملين فقط .

[مثلاً اذا اعار رجل دابة على الوجه المذكور اعارة مطلقة فالمستعير له ان يركبها الى حيث شاء في الوقت الذي يريده].

وله ان يعود منه راكباً او محملاً واذا امسكها بعد ان وصل الى المكان المقصود مدة شهر ثم عاد راكباً او محملاً وتلفت لا يضمن خلافاً للمستأجر فأن له الذهاب دون الأياب لأن مؤنة الرد على المستعير والرد لا يكون الا بعد الأياب والأعارة عقد تبرع يجري فيه التسامح .

[وانما ليس له ان يذهب بها الى المحل الذي مسافة الذهاب اليه ساعتان في ساعة واحدة] وله تحميلها كل شيء اراده الا اذا حملها فوق طاقتها لأنه ممنوع من ذلك بحق دابته (تكملة) .

[كذلك أذا استعار شخص حجرة في خان كان له ان يسكنها وان يضع فيها امتعة واما استعمالها بما يخالف العادة كأن يشتغل فيها بصنعة الحداد فليس له ذلك]

مادة ٨١٧ [اذا كانت الأعارة مقيدة بزمان او مكان يعتبر ذلك القيد فليس للمستعير مخالفته].

واذا خالف عمداً او سهواً كان غاصباً لأن المعار ملك المعير وقد اباح الانتفاع به مفيداً فليس للمستعير تجاوز ما ابيح له عمداً وسهواً ٠

[مثلاً اذا استعار دابة ليركبها ثلاث ساعات فليس للمستعير ان يركبها اربع ساعات] واذا استعملها يضمن اذا تلفت والا لاشيء عليه واذا استعار دابة ليركبهافله ركوبها بنفسه او بغيره ٠ ومتى مضت مدة الأعارة يجب على المستعير رد المعار وتسليمه لصاحبه واذا امسكه يضمن ٠ وتتحد الأجارة والأعارة بالأمساك انما المستعير يجب عليه الرد خلافاً للمستأجر فأنه لا يكلف الا برفع اليد عن المأجور وترك الاستعمال والسبب في ذلك هو ان مؤنة الرد في الأعارة على المستعير والمؤنة في الأجارة على المؤجر ٠

وكذا اذا استعار فرساً ليركبه الى محل فليس له ان يركبه الى محل غيره] ٠

وله ان يركبه الى ذلك المحل و يعود منه وان يعيره الى غيره وليس له ان يذهب به الى محل السقاية اذا كانت على غير طريقه ٠ واذا قيدت الأعارة بالمكان فليس للمستعير المخالفة ولا الأمساك مطلقاً اذا كان المعار دابة ولو وقعت المخالفة بما هو نافع للمعير على القول الراجح ولا ينجو المستعير من الضمان ولو وقعت هذه المخالفة سهواً فأذا استعار دابة بواسطة رسوله وقيد المعير الذهاب بها الى مكان معلوم ولم يخبر الرسول مرسله بهذا التقييدواستعمل الدابة بالذهاب الى مكان غيره وتلفت يضمن ٠ وقد سكتت المجلة عن بيان التقييد بنوع الأنتفاع واوردت هذه المادة مطلقة وعليه فللمستعيرتحميل الدابة بقدر طاقتها٠

مادة ٨١٨ [اذا قيدت الأعارة بنوع من انواع الأنتفاع فليس للمستعير ان يتجاوز ذلك النوع الى ما فوقه] ٠

لأن التجاوز الى مافوق الأنتفاع تصرف في ملك الغير بدون اذنه والتصرف في ملك الغير بدون الأذن ممنوع [لكن له ان يخالف بأستعمال العارية بما هو مساوٍ لنوع الأستعمال الذي قيدت به بنوع اخف منه] لأن تقييد المعير يعتبر اذا كان مفيداً ٠ واذا وقعت الأعارة مطلقة بالمكان يعتبر فيها التقييد في داخل المصر فأذا اعار رجل آخر دابة او لباساً ولم يبين محل

استعمالها يجب على المستعير استعمالها في المصر لا في القرى واذا ركب الدابة او لبس الثياب في القرى يضمن الا اذا كان المعار ثياباً واخرجها خارج المصر ولم يستعمها فلا يضمن لأن حفظها داخل المصر وخارجه واحد ٠

الخلاصة التقييد بالمنفعة في الأعارة اما ان يكون بالنسبة الى نوع الأنتفاع وهو ما بين في هذه المادة فيعتبر سواء كان المعار يختلف بأختلاف المستعملين كاللباس والحلي والدابة او لا يختلف بأختلاف المستعملين ٠

[مثلاً لو استعار دابة ليحملها حنطة فليس له أن يحمل عليها حديداً اواحجاراً وانما له ان يحملها شيئاً مساوياً للحنطة او اخف منها] بالضرر لا بالوزن وكذا اذا استعار دابة لحرث ارض معلومة فله حرثها بها او حرث ارض اخف منها وليس له ان يحرث ارضاً اقسى منها ٠

[وكذا لو استعار دابة للركوب فليس له ان يحملها حملاً واما الدابة المستعارة للحمل فأنها تركب]

الخلاصة : المخالفة اما ان تقع في المثل فهي جائزة كمن استعار دابة ليحملها خمسة امداد حنطة معلومة ومعينة فحملها خمسة امداد غيرها له او لغيره ٠ واما ان تقع في الجنس فأذا كانت للخير جازت واذا كانت للشر لا تجوز واذا وقعت المخالفة بالقدر بما هو ضرر وشر للدابة ينظر فاما ان تكون الدابة لا تطيق الحمل فيضمنها المستعير كلها واما ان تطيقه فيضمن ما يساوي مقداره من قيمتها بالنسبة لمجموع المقدار المتفق عليه والمقدار الزائد كما هو الحال في الأجارات ٠

مادة ٨١٩ [اذا كان المعير اطلق الأعارة بحيث لم يعين المنطقة كان للمستعير ان يستعمل العارية على اطلاقها]

المعار اما ان يكون مما يختلف بأختلاف المستعملين او لا يختلف وفي الأطلاق احتمالان الأول النص على الأطلاق كقوله اعرتك هذه الدار لتستعملها كيفما شئت بركوبك وبأركاب غيرك فللمستعير استعمالها عندئذ بنفسه او بغيره سواء كان المعار مختلفاً بأختلاف المستعملين

او غير مختلف والثاني الأطلاق بدون النص كالاعارة بدون بيان الركوب والأركاب ففي هذه الاعارة يجوز للمستعير ان يعير المعار لغيره اذا كان لا يختلف بأختلاف المستعملين منفعةً و يعيره ايضاً ولو كان مما يختلف بأختلافهم وهو قول الزيلعي الذي اعتبرته المجلة راجحاً وهذا فرق بين الأجارة والأعارة لأن المستأجر ليس له ايجار المأجور لغيره اذا كان يختلف استعماله بأختلاف المستعلين ٠

[يعني ان شاء استعملها بنفسه وان شاء أعارها لغيره ليستعملها] لان الاعارة تمليك المنافع ومن ملك منفعة له ان يملكها لغيره انما ليس له ان يجمع بين الاستعمالين و يستعملها بنفسه و بغيره معاً اذا كانت مما يختلف بأختلاف المستعملين فليس للمعير اذاً الركوب والارداف بوقت واحد وله جمعها اذا كان المعار لا يختلف استعماله بأختلاف المستعملين راجع شرح المادة ٥٥١ وله استعمالها بنفسه او بغيره ٠

[سواء كانت مما لا يختلف بأختلاف المستعملين كالحجرة او كانت مما يختلف بأختلاف المستعملين كدابة الركوب مثلاً لوقال رجل لآخر اعرتك حجرتي فالمستعير له ان يسكنها بنفسه او يسكنها غيره و كذا لو قال اعرتك هذا الفرس كان للمستعير ان يركبه بنفسه او يركبه غيره] ٠

وله ان يحمله ايضاً بقدر طاقته اذا كان يحمل عادة والا ليس له تحميله وكذا الحكم بأعارة اللباس فلمستعيره ان يلبسه بذاته او بغيره ٠

قلنا ان الاعارة اذا وقعت مطلقة فللمستعير استعمال المعار بذاته و بغيره واذا استعمله بذاته فهل له استعماله بغيره فهذا امر قد اختلف فيه فمن الفقهاء من قال بأنه ليس له ذلك لأن الراكب قد تعين اولاً والركوب ثانيةً تعدٍ ومنهم من قال بأن للمستعير اعارة المعار واستعماله كيفما شاء لان للمستعير استعمال المعار بنفسه و بغيره مطلقاً اما المجلة فقد سكتت عن ذلك ٠

مادة ٨٢٠ [يعتبر تعيين المنفعة في اعارة الأشياء التي تختلف بأختلاف المستعملين] لأن المعير قد رضي بأستعمال من عينه ولم يرض بأستعمال غيره وكذلك الاجارة

لامكان كون فعل المستعير الثاني مضراً بالمعار اكثر من فعل المستعير الأول والضرر يزال بكل الاحوال .

[ولا يعتبر في اعارة الأشياء التي لا تختلف به] لعدم الفائدة بهذا التقييد .

[الا انه اذا كان المعير نهى المستعير عن ان يعطيه لغيره فليس للمستعير ان يعيره لآخر ليستعمله] اذ لا عبرة للدلالة في مقابل التصريح .

[مثلا لو قال المعير للمستعير اعرتك هذا الفرس لتركبه انت فليس له ان يركبه خادمه] وليس له ان يركبه هو وخادمه وكذا اذا اعار ثوباً ليلبسه بنفسه فليس له الباسه لغيره واذا وجب التضمين فللمعير الخيار ان شاء ضمن المستعير الاول وان شاء ضمن المستعير الثاني وايهما ضمن لا يرجع على الآخر . وكذا اذا قال رجل للمستعير ان صاحب الدابة المعارة قد اعارنيها وأذنني بأخذها منك فصدقه المستعير بدون بينة وسلمه اياها فأستعملها وتلفت يضمن المستعير والآخذ واذا ضمن المستعير لا يرجع على الآخذ لانه بتصديقه اياه يكون قد اعاره ماله . الا اذا سلمه اياه مشترطاً عليه الضمان اذا كان غير صادق فيما قاله فله الرجوع عليه بعد الضمان .

[واما لو قال اعرتك هذا البيت لتسكنه انت كان للمستعير ان يسكنه وان يسكن فيه غيره ولكن اذا قال له أيضاً لا تسكن فيه غيرك فليس له حينئذ ان يسكن فيه غيره] .

واذا اختلف المعير والمستعير بالاطلاق والتقييد فالقول قول المعير لانه صاحب المال وهو ادرى بكيفية تمليك ماله الى غيره .

مادة ٨٢١ [ان استعير فرس لأن يركب الى محل معين فأذا كانت الطرق الى ذلك المحل متعددةً كان للمستعير ان يذهب من اي طريق شاء من الطرق التي اعتاد الناس الذهاب فيها] .

لان العادة محكمة واستعمال الناس حجة فيما لم يرد النص الصريح عليه والتعيين عرفاً كالتعيين نصاً .

(واما لو ذهب في طريق ليس معتاداً السلوك فيه فهلك الفرس لزم الضمان وكذلك لو ذهب من طريق غير الذي عينه المعير فهلك الفرس فأن كان الطريق الذي سلكه المستعير اطول من الطريق الذي عينه المعير او غير امين او خلاف المعتاد لزمه الضمان) .

والقصد من هذه المادة هو التقييد في المسافة لان اعارة الدابة للركوب لمحل معين بدون تعيين الطريق لذلك المحل اذن بسلوك الطريق المالوف على الوجه المعروف فأذا كان يذهب اليه من طرق شتى فالمستعير يذهب من اي طريق شاء والطريق الغير المعتاد سلوكه يكون غير داخل لان ما حظر في العرف محظور في الشرع .

مادة ٨٢٢ يجب ان يكون المعير مالكاً لمنفعة المال الذي اعاره بناءً عليه . [اذا طلب شخص من امرأة اعارة شيء هو ملك زوجها فأعارته اياه بلا اذن الزوج فضاع فأن كان ذلك الشيء مما هو داخل البيت وفي يد الزوجة عادة لا يضمن المستعير ولا الزوجة ايضاً وان لم يكن ذلك الشيء من الأشياء التي تكون في يد النساء كالفرس فالزوج مخير ان شاء ضمنه لزوجته وان شاء ضمنه للمستعير] .

لأن المعير اذا كان لا يملك منفعة المعار لا تصح اعارته . واذا ظهر المستحق واثبت ملكه وضمن الزوجة او المستعير لا يرجع الضامن على الآخر لأن الزوجة اذا ضمنت تكون قد ملكت المال للمعار وقد اعارت مالها والمستعير اذا ضمن لا يرجع لأن الفائدة من العارية للمستعير والغنم بالغرم .

واعلم ان الزوجة مأذونة بأستعمال ما في يدها من الأمتعة البيتية ومالكة لمنفعتها ومستعيرة بطريق التعاطي فلها اعارتها وما ليس في يدها لا يكون مستعاراً لها ولا يجوزلها اعارته واذا اعارته تضمن و يضمن المستعير و يكونان بحكم الغاصب وغاصب الغاصب .

مادة ٨٢٣ [ليس للمستعير ان يؤجر العارية ولا ان يرهنها بدون اذن المعير]

لأن الأعارة عقد غير لازم فلا تتحمل الأجارة ولأن المعير له ان يرجع بأعارته متي شاء فأذا جوزنا اجارة المستعير اما ان نجوزها غير لازمة وهذا يخالف موضوع الأجارة واما ان نجوزها لازمة وهذا يخالف موضوع الأعارة • وكذلك الرهن فهو عقد لازم بحق الراهن فأذا جوزنا رهن المال المعار نكون اوجبنا عقداً لازماً بحق المعير وهذا يخالف الأعارة •

وكذلك فالرهن ايفاء الدين والمستعير ليس له ايفاء دينه بمال غيره بدون اذنه ولا فرق بين ما يختلف استعماله بأختلاف المستعملين وما لا يختلف فليس للمستعير ايجار المعار ولا رهنه وان كان لا يختلف بأختلاف المستعملين وله اعارته لأن العارية الثانية كالأولى عقد غير لازم بحق المعير والمستعير و يجوز رهن المعار وايجاره اذا اذن المعير بذلك فيكون الرهن مستعاراً وتصح الأجارة كما مر ذلك مفصلاً في كتاب الرهن •

[واذا استعار مالاً ليرهنه على دين عليه في بلد ليس له ان يرهنه على دين عليه في بلد آخر فأذا رهنه فهلك لزمه الضمان] •

ولو كان التلف بدون تعدٍ وتقصير وللمعير الخيار ان شاء ضمن المؤجر — المستعير — قيمة المعار وقت تسليمه للمستأجر والمستعير لا يرجع على المستأجر وان شاء ضمن المستأجر وهذا يرجع على المؤجر أذا كان لا يعلم بأن المال امانة في يد المؤجر والا لا يرجع راجع المادة ٦٥٨ •

واذا رهن المستعير المال المعار وتلف في يد المرتهن فللمعير الخيار ان شاء ضمن الراهن فيملك الرهن بالتضمين و يسقط ما يعادل قيمته من الدين وان شاء ضمن المرتهن وهذا يرجع بدينه فقط على الراهن ولا يرجع عليه بشيء مما ضمنه لأن الرهن عقد تبرع يعود نفعه الى المدفوع اليه فقط •

مادة ٨٢٤ [للمستعير ان يودع العارية عند آخر فأذا هلكت في يد المستودع بلا تعد ولا تقصير فلا يلزم الضمان] • على المودع والمستودع واذا تلفت بتعدي وتقصير المستودع فالضمان عليه دون المستعير • وقداختلف الفقهاء بجواز ايداع المعار فمنهم من قال بجوازه ومنهم من لم يقل الا ان المجلة قبلت القول المفتى به لذلك اذا ارسل المستعير العارية الى المعير

مع امينه الأجنبي وتلفت لا يضمن احدهما عند اصحاب القول الراجح و يضمن كل واحد منهما على مقتضى القول الثاني ٠

واعلم بأن ايداع العارية جائز فيما تجوز اعارته وفيما لم يقع النهي عليه من المعير اما العارية التي لا تجوز اعارتها من مستعير ثاني والتي نهى صاحبها المستعير من ايداعها فلا يجوز ايداعها بناءً عليه أذا استعار رجل دابة ليركبها بذاته و يذهب بها الى مكان معلوم فركبها وذهب بها الى ذلك المكان ثم اودعها عند غيره فتلفت يضمن وكذا أذا نهى المعير المستعير بقوله لا تعطها الى احد فأودعها فتلفت يضمن ٠

[مثلاً اذا استعار دابة على ان يذهب بها الى محل كذا ثم يعود فوصل الى ذلك المحل فتعبت الدابة وعجزت عن المشي فأودعها عند شخص ثم هلكت حتف انفها فلا ضمان عليه]٠

وللمستعير ايداع الدابة ولو لم تتعب لأن عقد الأمانة أقل من العارية لذلك فجملة (فتعبت الدابة وعجزت عن المشي) هي ليست بأحترازية ٠

مادة ٨٢٥ [متى طلب المعير العارية لزم المستعير ردها اليه فوراً] ٠

لأن العارية تمليك المنافع والمنافع تحصل آناً بعد آن وقد ملك المعير المستعير المنافع الماضية ولم يملكه المنافع المستقبلة فليس للمستعير استهلاك منافع لم تملك له واذا طلب المعير العارية ولم يسلمها له المستعير يضمن أجر مثلها اذا كانت مال وقف او مال يتيم او مالاً معداً للأستغلال ولا فرق بين ان يطلب المعير العارية بذاته او بوكيله ورسوله لأن الوكيل والرسول يقومان مقام المعير وقد أشير الى ذلك بكلمة (طلب) الواردة في هذه المادة واذا طلب رجل رد الاعارة مدعياً الرسالة وسلمها له المستعير مصدقاً رسالته وانكر المعير ذلك يكلف المستعير لأثبات الأمر والرسالة والا حلف المعير اليمين وضمن المستعير واذا ضمن المستعير لا يرجع بشيء على الرسول لأنه صدقه بدعواه ولأن المستعير قد ظلم من المعير وليس للمظلوم ان يظلم غيره وللمستعير تسليم العارية للرسول مشترطاً عليه الضمان اذا ثبت انه غير رسول الى المعير (راجع شرح المادة ٨٢٠) ٠

واذا طلب المعير عاريته فوعده المستعير بتسليمه اياها ثم ادعى تلفها قبل الوعد لا تسمع دعواه للتناقض و يضمنها . واذا ادعى المستعير رد العارية مطلقاً عند طلبها يصدق بيمينه الا اذا برهن المعير على تلفها في يد المستعير بالتعدي او التقصير .

[واذا اوقفها وأخرها بلا عذر فتلفت العارية او نقصت قيمتها ضمن] .

وكذلك الحكم في الوديعة وكذا اذا طلب المعير العارية فطلب المستعير امهاله بالتسليم ثم تلفت ينظر فأذا كان المعير قد رضي بهذا الأمهال فلا ضمان على المستعير والا يضمن . وكذا اذا تأخر المستودع برد الوديعة بعذر فتلفت لا يضمن .

مادة ٨٢٦ [العارية الموقتة نصاً او دلالةً يلزم ردها للمعير في ختام المدة] .

واذا مضت المدة ولم ترد بدون عذر يضمنها المستعير . وقد اختلف الفقهاء بلزوم الضمان بالعارية الموقتة فمنهم من اشترط للضمان استعمالها بعد مضي الوقت ومنهم من قال الضمان مطلقاً سواء استعمل المستعير العارية او لم يستعملها وقد قبلت المجلة القول الثاني كما هو ظاهر هذه المادة ولا يجوز للمستعير ان يعير العارية ولا ان يودعها لغيره بعد انقضاء المدة اذا كانت الاعارة موقتة .

[لكن المكث المعتاد معفو] لأن العادة محكمة وجواز الشرع مناف للضمان .

[مثلاً لو استعارت امرأة حلياً على ان تستعمله الى عصر اليوم الفلاني لزم رد الحلي المستعار في حلول ذلك الوقت وكذلك لو استعارت حلياً على ان تلبسه في عرس فلان لزم اعادته في ختام ذلك العرس لكن يعفى عن مرور مدة لا بد منها للرد والأعادة عادةً] .

وكذلك اذا استعار مستعير دابة ليذهب بها لمكان معين و يعود فيجب عليه تسليمها وردها الى صاحبها عند عودته وكذلك من استعار كتاباً ليقرأ به درساً معلوماً فيجب عليه رده متى طالع الدرس او متى عدل عن مطالعته .

واعلم بأن الفرق بين العارية والوديعة بأمر الرد ظاهر فالوديعة لا يجب على المستودع ردها

وتسليمها الى المودع عند انقضاء المدة وله حفظها له اما العارية فيجب على المستعير ردها وتسليمها الى المعير عند ختام المدة لأن الوديعة يحفظها المستودع لحساب المودع والعارية يحفظها المستعير لحساب نفسه فأذا انقضت المدة المعينة في الوديعة بقيت يد المستودع الأولى عليها وهي يد المودع أما الأعارة فأنها سلمت الى المستعير لفائدته ويده لم تكن كيد المعير فلا يقال بأن بقاءها في يده لمنفعة المعير وحيث كانت موقتة وكان من الواجب ردها للمعير فأذا امسكها كان ضامناً لأن الأذن موقت بوقت والوقت زال ٠

مادة ٨٢٧ [اذا استعير شيء للأستعمال في عمل مخصوص فمتى انتهى ذلك العمل بقيت العارية في يد المستعير امانة كالوديعة وحينئذ ليس له ان يستعملها ولا ان يمسكها زيادة على المعتاد واذا استعملها او امسكها فهلكت ضمن] ٠

مثلاً اذا استعار بلطة ليقطع بها شجرة معلومة او استعار وعاء ليغسل فيه ثوباً فقطع الشجرة وغسل الثوب لزمه رد البلطة والوعاء وتسليمها للمعير ٠

مادة ٨٢٨ [المستعير يرد العارية الى المعير بنفسه او على يد امينه] ٠ او يتركها في داره بالوجه المعروف واذا ردها بالوجه المعروف خلص من الضمان لأن للمستعير رد العارية مع من يمكنه ايداعها له وأذا أتلف الأمين العارية بفعله فالضمان عليه دون المستعير ٠

[فأذا ردها على يد غير امينه فهلكت صار ضامناً] لأن تسليمها لغير الأمين تعد والتعدي يوجب الضمان ٠

مادة ٨٢٩ [العارية اذا كانت من الأشياء النفيسة كالمجوهرات يلزم في ردها ان تسلم الى يد المعير نفسه]

فلا ترسل مع الخادم والأجير الا اذا كان أميناً ومستعملاً عند المرسل لأرسال مثل هذه الأمور كوكلاء الخرج وما شابههم الا اذا كان ارسال مثل هذه المجوهرات بواسطتهم معتاداً [واما ما سوى ذلك من الأشياء فأيصالها الى المحل الذي يعد التسليم فيه في العرف فيه والعادة تسليماً ٠ وكذا اعطائها الى خادم المعير رد وتسليم مثلاً الدابة

المعارة تسليمها ايصالها الى اصطبل المعير او تسليمها الى سائسه] او خادمه لأن المعير لو اخذها لوضعها في آخوره ٠ وكذلك التسليم للسائس والخادم كالتسليم لصاحبها ٠ لذلك اذا طلب سائس المعير تسليم الدابة من المستعير فاستلمها وتلفت لا يضمن المستعير شيئاً سواء اذن المعير السائس بأستلامها ام لم يأذنه ٠ ويكفي الرد في العارية لغير المعير على ما ذكر اما في الغصب فلا يخلص الغاصب من الضمان الا اذا سلم المال المغصوب للمغصوب منه لأن الغصب هو ازالة اليد المحقة ووضع اليد المبطلة فلا يزول الا بأعادة ما كان الى ما كان وهو الرد الى صاحب المال بالذات ٠

مادة ٨٣٠ [مصاريف رد العارية ومؤنة نقلها على المستعير] ٠ لأن مؤونة الرد مشتقة من منفعة القبض ٠

فأذا طلب المعير العارية من المستعير فتمنع من التسليم وطلب منه الذهاب لداره واستلامها منه وتلفت او كانت الأعارة موقتةً وانقضت مدتها ولم يردها المستعير وتلفت يضمن ٠ اما الأجارة فمؤونة الرد فيها على المؤجر لأن المستأجر وان كان ينتفع في الأجارة الا ان انتفاعه بالمنافع الزائلة اقل من فائدة المؤجر بعين الأجرة الباقية وتختلف مؤونة الرد بالعقود فبالوديعة يجب على المودع ان يستلم وديعته لأنه يستفيد من الوديعة وحده دون المستودع وفي الرهن يجب على المرتهن تسليم المرهون للراهن لأن الفائدة من الرهن الى المرتهن حيث يؤمن به دينه وفي الغصب يجب على الغاصب تسليم المغصوب لأن الرد ناشيء عن الأخذ وقد اخذ المغصوب لفائدته دون فائدة المغصوب منه ٠ يستثنى من هذا الحكم الرهن المستعار بناءً عليه اذا استعار رجل مالاً ليرهنه عند آخر فرهنه ووجب استرداده تكون مؤنة الرد على المعير لا على الراهن والمرتهن لأن الذي يستفيد في مثل هذا الرهن المعير فقط فأذا تلف المرهون في يد المرتهن سقط ما يعادله من الدين وعاد المعير على الراهن بما سقط من دينه فيكون الرهن بحكم الأجارة ٠

مادة ٨٣١ [استعارة الأرض لغرس الأشجار والبناء عليها صحيحة]

لأن الأنتفاع بالأرض للبناء عليها بطريق البيع والأيجار صحيح ايضاً ٠ وكذا تجوز استعارة الأرض مراحاً ومقيلاً لوضع الخيمة ولأيقاف الدواب ووضعها فيها وللزراعة

وتستعار الدابة للركوب والحمل والحرث ولأيجارها لآخر ويستعار الحلي للزينة والاستعمال والاشجار لوضعها بالعمار والبناء

[لكن للمعير ان يرجع بالأعارة متى شاء فأذا رجع لزم المستعير قلع الأشجار ورفع البناء] وقد امر المستعير بالقلع مطلقاً لأن بناءه وشجره صار شاغلاً لأرض المعير وهذا لا يبقى بدون اذن صاحب الأرض وليس للمستعير ان يطلب قيمة الشجر والبناء ولا قيمة الضرر الذي يحصل له من قلعه مطلقاً لأنه هو الذي غرر نفسه بوضع الشجر والبناء في ارض معارة . واذا كان قلع البناء والشجر مضراً بالأرض المعارة يدفع صاحب الأرض قيمته مقلوعاً ويبقيه في ارضه وليس لصاحب الأشجار والأبنية ان يطلب استملاك الأرض ولو كانت قيمتها اقل من قيمة الشجر والبناء لأن الأرض اصل والشجر والبناء وصف والوصف لا يملك الأصل وليس للمستعير اجبار المعير على تملك البناء او الشجر على ما ذكر ولو كان قلعه مضراً بل يمكنه رفع بناءه وشجره اذا قبل المعير ذلك . واذا اختلف المعير والمستعير بالاشجار والبناء وادعى كل منهما الغرس والبناء ترجح بينة المعير والقول قوله (تكملة).

[واذا كانت الأعارة موقتة فرجع المعير عنها قبل مضي الوقت وكلف المستعير قلع الأشجار ورفع البناء ضمن للمستعير تفاوت قيمتها بين وقت القلع وانتهاء مدة الأعارة . مثلاً اذا كانت قيمة البناء والأشجار مقطوعة حين الرجوع عن الأعارة اثني عشر ديناراً وقيمتها اذا بقيت الى انتهاء وقت الأعارة عشرون ديناراً وطلب المعير قلعها لزمه ان يعطي للمستعير ثمانية دنانير].

واذا رجع المعير بأعارته الموقتة قبل انقضاء مدتها وكان قلع الشجر والبناء مضراً بالأرض يتملك الأشجار والبناء بقيمتها مقلوعة يوم انقضاء الاعارة لا يوم رجوعه عن عاريته . ولا يقال بأن الضرر يحصل بعقود المعاوضة وان العارية ليست منها فلا يلزم تضمين المعير شيئاً ولو رجع في عاريته في اثناء مدة الأعارة قياساً على الهبة فأنها اذا ضبطت بالأستحقاق فلا يرجع الموهوب له بشيء على الواهب وقياساً على من اشار الى غيره بالذهاب من طريق معلوم فذهب منه وسلب لأن العارية وان كانت عقداً غير لازم الا أن المعير بقوله قد اعرتك

هذه الأرض لتذرع فيها لمدة كذا قد التزم بقاء البناء والشجر لنهاية مدة الأعارة فيضمن كما قلنا خلافاً للهبة واذا ضبطت الارض المعارة اعارة موقتة قبل انقضاء مدتها من اجنبي يرجع المستعير على المعير بالضمان على رأي الشيخين ولا يرجع بشيء ويكون حكم الأعارة الموقتة كالاعارة المطلقة عند الامام محمد ٠

مادة ٨٣٢ [اذا كانت اعارة الأرض للزرع سواء كانت موقتة او غير موقتة فليس للمعير ان يرجع بالأعارة و يسترد الأرض قبل وقت الحصاد] ٠

استحساناً لأن المستعير ليس بمبطل بزرعه بل انه قد غر وغش بزرعها من قبل المعير لذا وجب ترك الارض في يده بطريق الاجارة وتنقلب الاعارة اجارة بهذا الرجوع والفرق بين امكان الرجوع بالابنية والاشجار وعدم امكان الرجوع في الزرع هو ان البناء والشجر لا نهاية معلومة لهما خلافاً للزرع فأنه يدرك بوقت معلوم فأذا اجبرنا المعير على ابقاء البناء والشجر في ارضه تضرر ضرراً لا يقبل التلافي فيؤمر بالقلع حالاً اما الزرع لما كان له نهاية معلومة فقد جوز ابقاؤه بمقابل اجر الارض حفظاً لحقوق الطرفين ٠ وكذلك الحكم بانقضاء مدة الاجارة قبل ادراك الزرع راجع المادة ٥٢٦ لان الزرع اذا ابقي بالاجرة لحين ادراكه يكون قد استفاد المعير والمستعير بوقت واحد واذا رفع قبل الادراك تضرر المستعير واذا ابقي لحين الادراك بدون اجرة تضرر المعير ٠ وكذ قلع الزرع يبطل ملك المستعير وابقاؤه مؤخر لحق تصرف المعير وعليه قد جوز ابقاؤه لقاء الأجرة حفظاً لحق الطرفين لان الحاجة تقدر بقدرها ٠

وقد قال بعض الفقهاء بوجوب عقد الايجار للزوم الاجرة واذا لم يتفق الطرفان على الايجار فالحاكم يؤجره الارض ويقدر الاجرة بمعرفة الخبراء والمعير لا يستحق الاجرة بدون عقد و بدون حكم وقال البعض الآخر بأن المعير يستحق الاجرة ولو لم يؤجر الارض للمستعير ٠

واذا طلب المعير دفع مثل البذر ومصاريف المستعير و تملك الزرع ينظر فأذا كان البذر لم ينبت فلا يلتفت الى طلبه ولو رضي المستعير لان البذر قبل النبات معدوم ومستهلك فلا يجوز بيعه واذا كان البذر نابتاً صح البيع بأذن المستعير ٠ وكذا اذا استعار المستعير

وعاء لوضع الزيت فيه لمدة معلومة ثم رجع المعير عن عاريته في موضع لا يمكن للمستعير ان يتدارك فيه وعاء آخر يبقى الوعاء في يد المستعير الى ان يصل الى مكان يمكنه فيه تدارك وعاء آخر . واذا زوج الأب بنته واعطاها أمتعة تعطى عادة لأمثالها جهازاً ثم ادعى بأنه اعارها اياها ينظر فأذا كان من العادة اعطاء الأب بنته هكذا اشياء لا يقبل قوله لأن ظاهر الحال يكذبه واذا كان العرف جارياً على عدم اعطاء البنت اشياء جهازية من ابيها او كان الأعطاء غير مطرد يصدق الأب بقوله . وكذا اذا اعطاها اشياء اكثر من الجهاز المعتاد وادعى ان بعضها كان عارية يصدق بقوله . وكذا اذا أعطى الأب بنته جهازاً وتوفي واراد ورثته اخذه منها وادخاله في التركة ينظر فأذا كان الأب اشترى هذه الأشياء الى بنته وهي صغيرة في حال صحته او كان قد اشتراها وهي كبيرة وسلمها لها في حال صحته لا تسمع دعوى الورثة بها وألا تسمع .

***

« خاتمة »

خلاصة فيما يتعلق بالأمانات من القانون المدني الأفرنسي والتركي

من دقق القانون المدني الأفرنسي لا يرى فيه ما يخالف المجلة الا في بعض الأحوال فقد عرف هذا القانون في المادة ١٩١٥ الوديعة بقوله (الوديعة تسليم احد ماله لآخر لأجل حفظه بناء يعيده له عيناً) وقسمها الى قسمين الأول ايداع مجرد والثاني ايداع حجزي . وقالت المادة ١٩١٧ بأن الأيداع ينعقد مجاناً ولا يكون الا بالأموال المنقولة ولا يتم الا بالتسليم حقيقة او حكماً انما اذا كانت الوديعة في يد الوديع بعقد آخر كالرهن فلا يحتاج عقدها الى تسلم وتسليم وتتم بمجرد تراضي الطرفين وهذا موافق للمجلة والنظريات المدنية الفقهية لأن الرهن اقوى من الوديعة وقبض المرهون — وهو مضمون بالنسبة للوديعة — يحتمل قبض الوديعة وقد قسمت المادة ١٩٢٠ الأيداع الى اختياري واضطراري ورد في المادة ١٩٢٣ لزوم اثبات الوديعة بالسند اذا كانت قيمتها تتجاوز الماءة وخمسين فرانكاً وهذا مخالف للأقوال المدنية ولأصول المحاكمات الحقوقية لأن الأيداع فعل فلايحتاج الى اثبات بالسند سيما وان المائة وخمسين فرنكا هي دون العشر ليرات ذهباً عثمانية ولم تجر عندنا العادة بربط الوديعة بالسند

لذلك فالوديعة تثبت بمقتضى قوانيننا بالبينات الشخصية دون قيد وشرط . وقد ورد في المادة ١٩٢٥ من هذا القانون الأفرنسي بأن الأيداع لا ينقعد الا من قبل من لهم اهلية عقد المقاولة وعندنا يجوز لكل صبي مميز ان يودع و يستودع لأن المودع بهذا العقد يتمكن من حفظ ماله بلا اجرة والمستودع لا يكون ضامناً اذا تلف المال في يده بدون تعد ولا تقصير وقد اجاز هذا القانون للوديع اخذ الأجرة بمقابل الايداع كما يفهم من الفقرة الثانية من المادة ١٩٢٨ ووافق هذا القانون المجلة بأمر الضمان فقال ان لا ضمان على الوديع اذا تلفت الوديعة بقوة غالبة اذا لم يتمنع الوديع من تسليمها وردها ولما كان على الوديع حفظ الوديعة واعادتها عيناً لذلك فقد اوجبت المادة ١٩٣٢ عليه رد الوديعة عيناً ولو كانت نقوداً وترقت اسعارها واذا ضبطت الوديعة من يد الوديع ودفع له ثمنها او بدلها رد ما قبضه الى صاحبها والى ورثته بعد وفاته .

وقالت المادة ١٩٤٠ اذا اودعت المرأة مالها عند آخر ثم تزوجت او حجر عليها تعاد الوديعة الى زوجها او الى من له حق استردادها فالحجر يوافق نظرياتنا اما الزواج فأنه يخالف ما جاء بقانوننا المدني لأن النكاح عندنا لا يملك الرجل الا منافع البضع ولا يكسبه شيئاً من مال المرأة وعقارها ولا يعطيه صلاحية وضع اليد على شيء من ذلك خلافاً للقانون الأفرنسي فأنه جعل الرجل ذا حق بالتصرف بمال الزوجة بمجرد عقد النكاح وهذه نظرية تناقض قانوننا وحياتنا الاجتماعية وتنافي حرية تصرف كل انسان بملكه وانني لا ارى دليلاً اكبر من هذا على احترام المرأة بنظر الشرع الاسلامي اكثر منه بالشرع الاوروبي لان منع المرأة من التصرف بمالها بعد النكاح دليل على سيطرة الرجل الشديدة عليها وعدم الاكتراث بحقوقها الصريحة وهذا لا نظير له في قوانيننا المدنية سوى ما ورد في القانون التجاري المأخوذ عن القانون الافرنسي فأنه بحث عن حقوق الزوجات بحثاً يوافق نظرية القانون المدني الافرنسي الا ان اختلاف البلاد وعاداتها وقفت حائلاً دون تطبيق هذه للمواد القانونية وحافظت المرأة الشرقية على ما لا تقدر على المحافظة عليه المرأة الغربية في القرن العشرين بفضل نظريات القرون الوسطى الفقهية .

وقد فهم من المادة ١٩٤٧ ان للوديع ان يصرف على الوديعة لحفظها على ان يرجع بتلك المصاريف مع ما خسره بسبب الوديعة وان له حبس الوديعة الى ان يستوفي تلك المصاريف وهذا مخالف لنظرياتنا المدنية لان الوديع ليس له ان يصرف على الوديعة بدون امر صاحبها وبدون اذن الحاكم عند غياب صاحبها والا كان متبرعاً بما صرفه لان كل من صرف ما يجب

صرفه على غيره عد متبرعاً واذا كان الامر كذلك تعذر على الوديع حبس الوديعة لقبض المصاريف .

وقد بحث القانون الافرنسي عن الايداع الاضطراري فقال انه ايداع يقع بأسباب مشاهدة كالحريق والطوفان واجاز اثبات الوديعة فيه بالشهود ولو تجاوزت قيمتها المأة وخمسين فرانكاً وهذا معقول لان في مثل هذه الاحوال القاهرة لا يمكن تعاطي السندات كما هو صريح المادة ٨٠ وما يليها من قانون اصول المحاكمات الحقوقية واعتبر هذا القانون ان الودائع الموجودة عند اصحاب الخانات ودور الكراء بمثابة الايداع الاضطراري فأجاز اثباتها بدون السند .

وكذلك العارية فقد بحث القانون المدني الافرنسي عن تعريفها واحكامها بحثاً يوافق المجلة واجازها في كل مال جاز بيعه ولا يهلك بالانتفاع وقيد المستعير بلزوم الانتفاع وفقاً لتقييد المعير والعادة واوجب على المستعير رد العارية عند انقضاء مدتها اذا كانت موقتة واوجب عليه ضمانها اذا تلفت بعد انقضاء المدة ولو بدون التعدي والتقصير . انما اذا كان المعير لا يقدر الا على محافظة احد المالين ماله او المال المعار وحفظ ماله وتلفت العارية يضمنها خلافاً لتشريعنا لاننا لا نعتبره الا معذوراً بهذا التقصير ولا ضمان على المعذور . وقال هذا القانون بوجوب تضمين المستعير اذا تلفت العارية ولو بدون تعد وتقصير وذلك اذا تعينت قيمتها وقت الاعارة وهذا لا يوافق قانوننا لان مجرد تعيين الثمن للمال المعار لا يثبت عقد معاوضة بين المعير والمستعير . وقد منع هذا القانون المعير من طلب العارية قبل الوقت المعين اذا كانت موقتة وهذا يخالف نظريتنا في العقود الغير اللازمة وما اوردناه مفصلاً بحق الاراضي المغروسة والمزروعه وخلافها لأن العقد اذا كان غير لازم جاز لكل من الطرفين فسخه ولا فرق بين ان يكون العقد موقتاً او غير موقت .

ومن دقق هذه الابحاث وباقي ما ورد بالقانون المدني الافرنسي من احكام الوديعة يرى ان القانون المذكور بحث عن الوديعة والعارية ولم يبحث عن اللقطة وهي كثيراً ما تقع بين الناس وقد وافق هذا القانون احكام المجلة موافقة تامة الا في بعض المسائل افبعد هذا هل يمكننا ان نقول بأن المجلة ناقصة وانها قانون لا يقبل الاصلاح ولطالما ان الحكومات الاوروبية تعمل بقانون يوافق احكامها في كثير من الاحوال . واننا لا نقول هذا حباً بأبقاء ما كان على ما كان ولا حباً بقول (انا وجدنا ابائنا) بل أننا نحب ان نظهر وحدة في التشريع ونقول ان المجلة على ما هي

عليه من غزارة المادة ليست بقانون لا يمكن اصلاحه فأذا صادفت عناية قليلة من فضلاء القوم والعلماء الكرام صارت من اعظم القوانين واهمها ٠

وقد عرف القانون التركي العارية في المادة ٢٩٩ بأنها عقد يتضمن اباحة استعمال المال المعار للمستعير مجاناً على ان يرده بعد الأستعمال ٠ وهذا تعريف يشمل تعريف العارية وحكمها وردها على ما يتضح من تدقيقه ٠ وقد قالت المادة (٣٠٠) من هذا القانون بأن المستعير يستعمل العارية كما تعين له استعمالها بالعقد او بالشكل المعروف من ماهية المال المعار او من القصد الذي خصص له أن يعير العارية لغيره واذا أعارها يضمن ضررها وخسارها ألا اذا أثبت بأن هذا الضرر حاصل في المال المعار لا محالة ولو بدون تسليمه للغير ٠ وهذه الأحكام بعضها يوافق المجلة و بعضها يخالفها لأن الأعارة عندنا هي تمليك المنافع بدون العوض ، المنافع لا تقوم الا بالعقد فمتى كان الاستعمال مجهولاً فسدت العارية لأمكان حصول النزاع بين العاقدين بالاستعمال اذا لم يقع التصريح او التعميم ٠ وكذلك الضرر فهو لا محالة يضمنه المستعير الأول أو المستعير الثاني وايهما ضمن لا يرجع على الآخر عندنا خلافاً لهذا القانون فأن المستعير اذا أثبت كون الضرر واقعاً لا محالة لا يدفع منه شيئاً الى المعير ٠

وقبل هذا القانون الكفالة المتسلسلة بحق المستعيرين فيما اذا أخذوا مالاً واحداً عارية كما هو صريح المادة ٣٠٢ واعتبر العارية عقداً غير لازم ينفسخ بطلب المعير او بوفاة المستعير (راجع المواد ٣٠٢ و٣٠٣ و٣٠٥)٠

وفصل هذا القانون العارية عن الوديعة و بحث عن عقود مخالفة لهما ثم عرف الأيداع في المادة ٤٦٣ بقوله الأيداع عقد يتعهد فيه الوديع قبول الشيء الذي اعطاه أياه المودع وحفظه في محل امين ٠ وان الوديع ليس له ان يأخذ اجرة على الوديعة بدون شرط او ايجاب من المودع ٠

وقد منعت المادة ٤٦٥ الوديع من استعمال الوديعة وألزمته أداء الضمان بسبب الاستعمال ولو لم يكن هنالك خسار وضرر وحملته الضرر أيضاً اذا وجد انما أجازت له اثبات احتمال وقوع الضرر في الوديعة مطلقاً سواء استعملها أم لم يستعملها وهذا لا نظير له في المجلة كما قلنا ٠ ولطالما تزايدت الأحتياجات زيادة لا تقبل الحصر والتحديد فصار من الواجب على ما ارى قبول مثل هذه الأحكام بعد التحري عليها من كتب الفقه والاستناد اليها ولو كانت من الاقوال الضعيفة ٠

واوجبت المادة ٤٦٦ على المستودع عدم اعادة الوديعة قبل انقضاء المدة المتفق عليها وهذا لزوم يخالف نظريات الوديعة في تشريعنا ولا يوافق العقل والمنطق ايضاً لأن الوديع يحفظ الوديعة بلا اجرة فلا يكلف لمحافظتها لنهاية المدة المتفق عليها لأ ننا اذا كلفناه بذلك بدون اجرة نكون اوجبنا عليه لزوم ما لا يلزم وهذا لا يجوز .

وامرت المادة ٤٤٨ بلزوم اعادة الوديعة الى المحل الواجب حفظها فيه على أن تكون مصاريف الأعادة على المودع وهذا ظاهر لأن الوديع يحفظ الوديعة لمنفعة المودع لا لمنفعة نفسه والغرم بالغنم .

وكذلك قبلت المادة ٤٦٩ وجود الكفالة المتسلسلة بين الودعاء اذا كانوا اكثر من واحد وقبلوا العقد صفقة واحدة .

وقد اوجبت المادة ٤٧٠ على الوديع رد الوديعة الى المودع أن لم تحجر في يده بقرار صادر عن طريق عدلي أو أن لم يصدر بحقه دعوى استحقاق وأمرت الوديع بأخبار المودع حالاً فيما يقع بحق الوديعة من دعاوي الحجز والاستحقاق وهذه القيود تفهم من احكام المجلة العامة لأن الرد منصوص عليه في المجلة والحجز والاستحقاق يمنع وجوب الرد لتعلق حق الغير بحق اليد في المال المودع انما اخبار المودع ليس بشرط عندنا . وتبحث المادة ٤٧١ عن العدل ولزوم حفظه للوديعة .

وقد بحث القانون التركي في المادة ٤٧٣ وما يليها من مواده عن صاحب الأرض الذي اعد أماكنه لحفظ الودائع بمقابل السندات وتبحث هذه المواد عن كيفيات الأيداع واشكالها وعن اختلاطها بأذن أصحابها وتفريقها من قبل صاحب الأرض المعدة للحفظ بدون مداخلة اصحاب الودائع اذا كانوا اذنوا له قبل ذلك بخلط تلك الأموال انما ذلك يخالف حقوقنا المدنية لأن الخلط والأختلاط يوجب الشركة بالمال المخلوط ولا يجوز لصاحب العرصة التي أعدت لحفظ الأمانات ان يفرق الأموال المخلوطة عن بعضها بدون رضاء اصحابها .

وقد بحثت المادة ٤٧٨ عن المسئوليات التي تحصل على اصحاب الخانات والنزل من جراء سرقة اشياء المسافرين وجعلتهم مسئولين بذلك ان لم يثبتوا كون السرقة وقعت من قبل رفقاء الزائرين او من قبل من جاؤا لزيارتهم او من اسباب مجبرة أو من ماهية الأشياء المودوعة وهذه مادة توافق المدنية والاحتياجات الحاضرة لأن الناس اصبحوا في الحالة الحاضرة مجبورين على

النزول والاقامة في مثل هذه الاماكن وعلى ترك امتعتهم واشيائهم بين ايدي اصحاب المنازل وخدمهم ولا يمكن حفظ هذه الأموال بغير هذه القيود المسوقة واذا لم يخبروا اصحاب المنازل عنها فور سرقتها وضياعها يسقط حقهم من المطالبة بها كما هو صريح المادة ٤٨٠ من هذا القانون ٠

وقد أوجبت المادة ٤٨٢ من هذا القانون على اصحاب الأمانات والودائع ان يدفعوا اجور تلك الأمانات ألى أصحاب المنازل والخانات والكاراجات وخلافها وأعطيت لأصحاب تلك المحلات حق حبس تلك الامانات الى ان يستوفوا جميع مالهم من المطلوب ٠ وهذه المواد القانونية لا شك احسن ما كتب في هذا الموضوع من حيث التشريع بالنسبة للأحتياجات الحاضرة ٠



الكتاب السابع

(في الهبة ويشتمل على مقدمة وبابين)

المقدمة

(في بيان الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالهبة)

الهبة ثابتة بالكتاب والسنة واجماع الأمة فقد ورد في الكتاب الكريم [illegible]

مادة ٨٣٣ – [illegible] [هي تمليك مال لآخر بلا عوض ويقال لفاعله واهب ولذلك المال موهوب ولمن قبله موهوب له والاتهاب بمعنى قبول الهبة أيضا]

[illegible]

الكتاب التاسع

(في الهبة و يشتمل على مقدمة و بابين)

المقدمة

(في بيان الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالهبة)

الهبة ثابتة بالكتاب والسنة واجماع الأمة فقد ورد في الكتاب الكريم (واذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها او ردوها) وورد عنه صلى الله عليه وسلم (تهادوا تحابوا) والعقل يحبذها لأن الأنسان يجب عليه أن يعلم أولاده العلم والفضيلة والجود والأحسان والهبات من صفات الله عز وجل وهو عزيز وهاب وقد ورد فى القرأن الكريم « ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون » .

مادة ٨٣٣ [الهبة] لغة هي التفضل والاحسان بما يمكن الأنتفاع به سواء كان مالاً او غير مال بدليل قولهم « اسأل الله ان يهب لك ولداً) و بدليل ما ورد بكتابه الكريم (فهب لي من لدنك ولياً) و (ويهب لمن يشاء اناثاً و يهب لمن يشاء الذكور) واصطلاحاً [هى تمليك مال لآخر بلا عوض و يقال لفاعله واهب ولذلك المال موهوب ولمن قبله موهوب له والاتهاب بمعنى قبول الهبة ايضاً] .

وقد قيدت المجلة التمليك بطريق الهبة بقيد بلا عوض فأخرجت من ذلك فراغ الاراضي الاميرية والمسقفات والمستغلات الوقفية مجاناً لأن هذا الفراغ هو تنازل عن حق عادي لا هبة وأخرجت الوصية لان الهبة تمليك في الحال والوصية تمليك في المآل وأخرجت هبة الدين للمدين الوارد ذكرها في المادة ٨٧٣ من المجلة لان تلك الهبة هي ابراء لا هبة وأخرجت أيضاً

نفي الملك لانه أخبار عن ملك سابق لا أنشاء . ويجب ان يكون الواهب مالكاً للمال الموهوب فلا تصح الهبة في الأموال المباحة ويجب ان يكون الموهوب مالاً لا منفعةً لانه تمليك المنافع بدون البدل والعوض هو عارية لا هبة . وكذا تمليك حق التصرف في المسقفات والمستغلات الوقفية والاراضي الأميرية فأنه تنازل وفراغ لا هبة . وتباين الهبة الاباحة لأن الهبة هي تمليك العين والأباحة هي اعطاء الاذن والرخصة لأكل المال واستهلاكه ولأن الهبة تزيل ملك الواهب من المال الموهوب بعد الهبة والقبض والتسليم اما الاباحة فأنها لا تزيل ملك المبيح الا بالأكل والتصرف ولأن الموهوب له والموهوب في الهبة يجب انيكونا معلومين اما في الاباحة فلا . فتجوز الاباحة بقول المبيح أن مالي حلال لكل من أكله .

وتدخل الديون في الهبة فيجوز للدائن هبة الدين لمدينه ولغيره أذا وكله بقبضه فيقبضه حسب وكالته ثم يتصرف به لجهة الهبة ولا يقال بأن الدين ليس بمال فلا تصح هبته ولا يكون التعريف مانعاً لأغياره لأن الدين مال مآلاً . ولا تدخل هبة الطاعات في هذا التعريف وأن كانت جائزة عند اهل السنة لأن القصد من الهبة في المجلة الهبة فيما يتعلق بالأحكام الدنيوية لا بالأحكام الأخروية .

وقد قصدت المجلة بذكر عبارة (بلا عوض) الواردة في هذه المادة (بلا شرط العوض) بحذف المضاف لأن الهبة بشرط العوض تدخل في تعريف الهبة فأذا كان التعريف لا يشملها يكون غير جامع لأفراده لان الماهية تقسم الى ثلاثة اقسام الاول الماهية بشرط شيء وهو شرط العوض والبيع والثاني الماهية لا بشرط شيء وهو عدم شرط العوض كالهبة والثالث الماهية بشرط لا شيء وهو اشتراط عدم العوض كالعارية والهبة بشرط عدم العوض . فكلمة بلا عوض الواردة فى هذه المادة هي في المعنى الثاني اي من الماهية لا بشرطشيء لامن الماهية بشرط لاشيء ولذا فالماهية بشرط لا شيء وأن كانت منافية للهبة بشرط العوض فالماهية لا بشرط شيء غير مباينة للهبة بشرط العوض وهي اعم منها . ويخرج عن تعريف الهبة ايضاً هبة الدين لأنه اسقاط .

مادة ٨٣٤ [الهدية هي المال الذي يعطى لاحد او يرسل اليه اكراماً له] .

لا بشرط الاعانة لأن الاكرام غير الرشوة فالرشوة تعطي لأجل الأعانة لا لأجل الاكرام

والفرق بين الهدية والرشوة ظاهر لأن المهدي له يملك الهدية بالقبض وأذا تلفت لا يضمنها اما المرتشي فأنه لا يملك الرشوة ولو أعطى عوضاً بمقابلها وأذا تلفت وهي في يده يضمن . وكذا اذا ابرأ رجل آخر مما له عليه بمقابل قيامه له بقضاء مصلحته لا يصح الابراء ويكون المال المتروك رشوة . وكذا المال الذي يعطيه المتعاشقان لبعضهما بعضاً فهو من قبيل الرشوة ولكل منهما استرداد ما اعطاه للآخر .

مادة ٨٣٥ [الصدقة هي المال الذي وهب لاجل الثواب] ورضاء الباري

ولذا فالصدقة اخص من الهبة فالهبة للفقير صدقة والصدقة للغني هبة .

واعلم بأن الأنسان ينقسم من حيث الثروة الى ثلاثة اقسام الأول الغني وهو الذي يملك نصاب الزكاة زيادةً عن احتياجاته وما فوق ذلك والثاني الفقير وهو ما يملك دون النصاب والثالث المسكين الذي لا يملك شيئاً مطلقاً .

مادة ٨٣٦ [الأباحة هي عبارة عن اعطاء الرخصة والأذن لشخص ان يأكل أو يتناول شيئاً بلا عوض] .

سواء كان هذا الشيء من المأكولات او من غير المأكولات راجع المادة ١٢٢٦ . ومعناه أنه ليس في الاباحة تمليك بل أذن بتناول مال المبيح والانتفاع به مع بقاء عينه او استهلاكها وهو على ملك صاحبه وهي انما تكون في الاموال المعدة للأكل والشرب والفرق بين المال المباح والملك ظاهر لأن المباح له ليس له تمليك ما ابيح له اما المملك فيسوغ له تمليكه لمن شاء .

﴿ الباب الأول ﴾

(في بيان المسائل المتعلقة بعقد الهبة ويشتمل على فصلين)

يتحرى في الهبة اربعة اشياء الاول السبب وهو قصد الخير أما بطلب الثواب الدينوي أو دفع الشر أو الثواب الاخروي والثاني الشرط كما سيأتي في الفصل الثاني من هذا الباب والثالث حكمها وهو ثبوت ملك الموهوب له غير لازم والرابع ركنها ٠

***

﴿ الفصل الأول ﴾

(في بيان المسائل المتعلقة بركن الهبة وقبضها)

مادة ٨٣٧ [تنعقد الهبة] والهدية والصدقة [بالأيجاب والقبول وتتم بالقبض] وتفيد الملك فركن الهبة هو الأيجاب والقبول لانها عقد والعقد لا يكون بدون ايجاب ٠ وكذا القبول فهو شرط في الهبة لانها وان كانت عقد تبرع ألا انها توجب ملكاً للموهوب له والموهوب له لا يجبر على التملك بدون قبول منه ٠ وقد اختلف الفقهاء في ذلك فقال صاحب المحيط بأنها تنعقد بالايجاب فقط لانها عبارة عن الايجاب بحق الواهب والقبول ليس من اركانها لذلك اذا حلف رجل بأن لا يهب مالاً لآخر فوهبه مالاً يحنث ولو لم يقبل الموهوب له ذلك وقد اعتبر صاحب هذا الرأي الهبة وصيةً واقراراً ولذا اذا ترك احد ماله في الطريق ليأخذه من يجده فأخذه آخر تتم الهبة ٠ وكذا اذا ترك رجل دابته المعيبة في الطريق ليأخذها من شاء فأخذها آخر وداواها وشفيت من مرضها تتم الهبة ٠ وقال صاحب الكافي والكفاية بأن ركن الهبة هو الايجاب والقبول لانها عقد وقيام العقد لا يكون الا بالايجاب والقبول لان ملك الانسان لا ينتقل الى الغير بدون تمليك والزام الملك على الغير لا يكون بدون قبول اما سبب اعتبار من وهب مالاً بالايجاب فقط بعد ان حلف بأن لا يهبه حانثاً فهو ظاهر لان الحالف قد منع نفسه من اظهار مافي وسعه وهو الايجاب اما القبول فهو في وسع غيره الا ان هذا التعليل ليس بوارد لان المالك اذا حلف بأن لا يبيع ماله ثم اجاب البيع لا يكون حانثاً

بالاتفاق فلو كانت الهبة لا تنعقد الا بالايجاب والقبول لكانت بحكم البيع في ذلك اما المجلة فقد قبلت القول الثاني القائل بلزوم الايجاب والقبول لانعقاد الهبة . ولا تنعقد الهبة بالوعد فأذا قال رجل لآخر سأهب لك ما لي في ذمتك من الدين لا تنعقد الهبةولا يملك الموهوب له الموهوب لأن الوعد المجرد لا يلزم قائله . وكذا اذا قال رجل لآخر كنت البارحة وهبتك مالي ولم تقبله وقال الموهوب له قبلت وقت الهبة فالقول قول الواهب لأنه ينكر الهبة . ولا بد من القبض لتمام حكمها وثبوتها لأن القبض في الهبة وان كان ليس من اركانها ألا أنه من شروط ثبوت ملك الموهوب له لها فلا تتم الهبة الا مقبوضة سواء كانت لذي رحم محرم او غير محرم او اجنبي ولا بد من القبض الكامل فأذا اقر الواهب بهبته لا يكلف بتسليمها ولا يعتبر أقراره بالهبة اقراراً بالقبض والتسليم ما لم يقر بالقبض والتسليم ايضاً .

واعلم بأن العقود التي تتوقف على القبض هي : الهبه والصدقة والرهن والوقف (على قول) وبعض اقسام الصلح ورأس مال السلم أذا ظهر ان بعضه زيوف وانصرف وقبض البدلين بالكيلي أذا بيع بغير جنسه وقبض البدلين بالوزني أذا بيع بغير جنسه والبيع الفاسد. اما الأدلة للزوم القبض في الهبة فهي : أولاً ورد في الحديث الشريف (لا تجوز الهبة الا مقبوضة) . ثانياً ان الهبة تبرع والتبرع لا يتم ألا بالقبض لأن الهبة اذا تمت بدون القبض يكون الواهب قد اجبر لأجراء عقد وهو التسليم بدون رضاءه واختياره وهذا لا يجوز لأنه يخالف موضوع التبرع ولا يقال بأن الواهب قد تبرع في هبته فقد التزم التسليم بتبرعه لأن المالك يملك ملك المال وملك اليد والواهب بهبته قد رضي بزوال ملك ماله ولم يرض بزوال ملك يده وملك اليد كملك المال مقصود بالذات ويضمن بالغصب الا ترى أن اللقطة أذا اخذت من الملتقط يستردها من الآخذ مع انه لا يملكها .

وبما ان الهبة لا تنعقد الا بالأيجاب والقبول ولا تتم الا بالتسليم والقبض لذلك اذا وهب رجل ماله المودوع عند آخر من غير المستودَع وسلم المستودع المال الموهوب للموهوب له بالأستناد ألى الهبة وبغير اذن الواهب فتلف في يد الموهوب له فللواهب الخيار ان شاء ضمن المستودَع وان شاءضمن القابض راجع المادة ٩١٠ وكذا اذا امر رجل شريكه بأعطاء ماله الى ولده فطلبه الولد ينظر فأذا كان الأمر بالأعطاء لولد الآمر على طريق التوكيل جاز للولد ان يطلب المال وصحت خصومته للشريك وأذا كان الأمر بالأعطاء على سبيل الهبة لا يجوز

للولد ان يطلب المال ولا تصح خصومته للشريك . وكذا اذا اراد رجل دفع صدقة معلومة لفقير معلوم ففرقها من ماله واخذها الى الفقير ولما لم يجده أعطاها لغيره جاز له ذلك لعدم القبض من الفقير الأول .

وكذا اذا توفي الواهب او الموهوب له قبل القبض تبطل الهبة . وكذا اذا وكل وكيلاً بالهبة فللوكيل تسليم الموهوب للموهوب له لأن الوكالة بالهبة وكالة بالتسليم .

واعلم بأن القبض ينقسم الى قسمين ألأول القبض الكامل وهو قبض كل موهوب بما يناسبه فقبض الدار يكون بقبض مفتاحها والثاني القبض الناقص وهو قبض الحصة الشائعة فالأول يكفي لتمام الهبة والثاني لا يكفي بناءً عليه اذا وهب رجل لآخر حصة شائعة من مال قابل للقسمة فلا تتم الهبة مالم تفرز الحصة الموهوبة وتسلم حقيقة اما اذا وهب حصة من مال لا يقبل القسمة فيمكنه تسليمها تبعاً لتسليم جميع المال لأن قبض الموهوب بهذه الصورة يكون ضمناً .

وينقسم القبض الكامل الى قبض حقيقي كتسليم المال الموهوب للموهوب له حقيقةً وقبض حكمي كالقبض بطريق التخلية كقبض الموهوب الموجود في المجلس وقول الموهوب له انني استلمت المال الموهوب وهذا القبض يكفي في الهبة الصحيحة لا في الهبه الفاسدة لأن الهبة الفاسدة لا تتم ألا بالقبض الحقيقي . أما التخلية فهي اعطاء الاذن الى الموهوب له بالقبض فأذا وهب الواهب ماله الموجود ضمن الصندوق وأذن للموهوب له بأستلامه لا تتم الهبة الا اذا كان الصندوق مفتوحا لأن القبض لا يكون الا اذا امكن الأنتفاع بالموهوب له .

ويثبت القبض بالأقرار الا اذا ادعى الواهب كذب الاقرار فيحلف الموهوب له على عدم كذب الأقرار على ما جاء في المادة ١٥٨٩ من المجلة عند الأمام ابي يوسف خلافاً للأمام الأعظم .

مادة ٨٣٨ [الأيجاب في الهبة هو الألفاظ المستعملة في معنى تمليك المال مجاناً كأكرمت ووهبت وهديت] .

بطريق الجد لا بطريق المزاح ويقع ايضاً بلفظ التمليك اذا وجدت قرينه تدل على الهبة .
وتنقسم الفاظ الهبة الى ثلاثة اقسام القسم الأول الألفاظ التي وضعت للهبة كوهبت وملكت مجاناً وجعلته لك .

والقسم الثاني الألفاظ التي تنعقد بها الهبات كناية وعرفاً ككسيتك هذا الثوب وجعلت هذه الدار عُمرى لك ٠

والقسم الثالث الألفاظ التي يحتمل ان تكون هبة او عارية كقوله ان هذه الدار لك رقبى او محبوسة لك فالعقد الواقع بهذه الألفاظ يكون عارية عند الطرفين وهبة عند الأمام الثاني ٠

[والتعبيرات التي تدل على التمليك ايجاب للهبة ايضاً كأعطاء الزوج زوجته قرطاً او حلياً وقوله لها خذي هذا وعلقيه]٠

وكذا اعطائه لها ثوباً وقوله لها خذيه والبسيه واعطاؤه لها دراهماً وقوله لها خذي بها ثياباً والبسيها امامي تكون هبة ٠ واذا قبضت الزوجة الحلي واللباس والنقود تتم الهبة واذا اخذت الزوجة الدراهم من زوجها لتشتري بها ثياباً فلم تشتر بها بل اخذتها واستلمتها فليس لزوجها استرداد ذلك منها ٠

وتنعقد الهبة بالألفاظ التي ورد ذكرها في هذه المادة وبغيرها كما يفهم من كاف التشبية الوارد ذكرها في هذه المادة ٠

وتنعقد الهبة بالالفاظ التي تفيد التمليك ولا تنعقد بغيرها فأذا قال الشريك لشريكه هبني حصتك من هذا المال المشترك فقال المخاطب ليكن ذلك لا تكون الهبة منعقدة بينهما ٠

ويجب عقد الهبة بصورة قطعية فأذا وقعت بلفظ يفيد القرض والهبة تحمل على القرض لأنه ادنى من الهبة فأذا قال رجل لآخر خذ هذه النقود وانفقها يكون قد أقرضه اياها قرضاً ٠ وكذا اذا اعطت الزوجة زوجها دراهم ليصرفها على اللوازم البيتية وتوفيت فيسترد ورثتها ما اعطته لزوجها من النقود لأن اعطاء النقود على هذا الوجه هو قرض لا هبة ٠ وكذا اذا ارسل الزوج قبل الزفاف اموالاً الى زوجته ثم تفرقا وطلب الزوج استرداد ما ارسله لزوجته وادعى العارية فالقول قوله لأنه ينكر التمليك واذا برهنا على دعواهما ترجح بينة الهبة واذا اعطت الزوجة عوضاً بمقابل ما اعطاها اياه من الأموال واسترد الزوج ماله تسترد الزوجة ايضاً ما اعطته لزوجها اذا كانت ما اعطته اياه عوضاً عن ما اعطاه لها والا لا تسترده لأنه يكون هبة مستقلة لأن النية لا يترتب عليها حكم شرعي في المعاملات ٠

مادة ٧٣٩ [تنعقد الهبة بالتعاطي ايضاً] اذا وجدت قرينة تدل على الهبة والافلا

وتكون الهبة بالتعاطي تامة خلافاً للهبة القولية فأنها لا تتم الا بالقبض وقد اشير الى ذلك في المادة ٨٤١ وعندي ان واضع القانون لو اضاف الى هذه المادة عبارة « وتكون تامة » لما كان احتاج لوضع المادة ٨٤١ مطلقاً . مثلاً اذا اعطي رجل لفقير صدقة فأخذها وسكت تنعقد الصدقة بدون لفظ اصلاً ولا تنعقد هبة التعاطي الا اذا وجدت قرينة تدل على الهبة فأذا اعطى رجل مالاً لولده فأخذه منه لا يكون قد وهبه اياه بمجرد التعاطي بدون قرينة بل يبقى المال لوالده .

مادة ٨٤٠ [الأرسال والقبض في الهبة والصدقة يقوم مقام الايجاب والقبول لفظاً] .

وتتم الهبة بذلك لوجود القبض وبما ان الأرسال والقبض لا يكونان الا بمجلسين مختلفين لذلك فالارسال والقبض وان كانا تعاطياً الا انهما يفترقان عن التعاطي لأن التعاطى يكون في مجلس واحد والأرسال والقبض يكونان في مجلسين مختلفين ولذا لا تكون هذه المادة زائدة .

ولا تتم الهبة بالارسال على ماذكر في هذه المادة الا بالقبض فأذا ارسل الواهب المال الى الموهوب له وتوفي احدهما قبل القبض فلا تتم الهبة ولا يجوز للرسول تسليمها لورثة الموهوب له بعد وفاة الواهب .

مادة ٨٤١ [القبض في الهبة كالقبول في البيع] .

بناءً عليه اذا اجاب البائع البيع وقبل المشتري ايجابه ينعقد البيع ويتم . وكذا اذا وهب الواهب ماله فقبضه الموهوب له تمت البة ولو لم يقبلها لفظاً لأن قبض الموهوب في مجلس الهبة دليل على قبولها . وهذا الحكم شامل للهبة القولية والفعلية لأن الواهب اذا اعطى الموهوب له مالاً فأخذه وقبضه تمت الهبة .

[بناءً عليه تتم الهبة أذا قبض الموهوب له في مجلس الهبة المال الموهوب بدون ان يقول قبلت او اتهبت عند أيجاب الواهب أي قوله وهبتك هذا المال] .

لأن القبض اقوى من القبول القولي لانه يدل على القبول ويجعل الهبة تامة . وكذا اذا قال رجل الى جماعة اني وهبت مالي هذا الى احدكم فليأخذه من يريد فأخذه احدهم انعقدت الهبة تامة .

ولا بد في القبض من وجود ثلاثة احتمالات . الاول : اذن الواهب بقبض الموهوب له صراحة

في هذه الصورة اما ان يقبل الموهوب له الهبة قولاً في مجلس الأيهاب فتتم الهبة ولو قبضها بغير المجلس على ما سيأتي في المادة (٨٤٤) واما ان لا يقبل الموهوب له الهبة في مجلس الأيجاب وسكت فتتم الهبة اذا قبضها في مجلس الهبة واذا قبضها في غير هذا المجلس تتم ايضاً على قول بعض الفقهاء ومنهم قاضيخان الا ان المجلة قيدت القبض في مجلس الهبة ولعلها لم تقبل هذا الرأي ٠

الثاني : سكوت الواهب وعدم اعطاءه الأذن بالقبض صراحة ففي هذه الصورة تتم الهبة وتكون صحيحة اذا قبض الموهوب له الهبة في المجلس ولا تصح اذا قبضها في غير المجلس ٠

الثالث : نهي الواهب الموهوب له من القبض وهذا سيأتي حكمه في المادة (٨٦٣) ٠

مادة ٨٤٢ [يلزم اذن الواهب صراحةً أو دلالةً في القبض] فلا يعتبر القبض بدون اذن الواهب صراحة او دلالةً لان القبض تصرف في الهبة والتصرف لا يصح بدون اذن المالك لبقاء ملك الواهب في الموهوب بعد الهبة فأذا قبض الموهوب له الموهوب بدون اذن الواهب وتلف في يده يضمن واذا اتفق الواهب والموهوب له على الهبة وانكر الواهب الاذن بالقبض فالقول قوله ٠

مادة ٨٤٣ [أيجاب الواهب أُذن بالقبض دلالةً] لأن أيجاب الواهب تسليط على القبض فأذا قبض الموهوب له الموهوب بعد ايجاب الواهب ملكه وهذا مخالف للقياس لان القياس صدور الأذن الصريح لصحة القبض لبقاء ملك الواهب في الموهوب بعد الهبة ووجه الاستحسان هو ان القبض في الهبـة كالقبول في البيع فكما ان المشتري لا يحتاج الى اذن البائع الصريح للقبول بعد الأيجاب فالموهوب له لا يحتاج الى الاذن الصريح للقبض بعد الأيجاب لأن مقصود الواهب من عقد الهبة اثبات الملك للموهوب له واذا كان كذلك فيكون الأيجاب تسليطاً منه على القبض تحصيلاً لمقصوده فكان اذناً دلالة ٠ فالاذن الصريح واضح والاذن بالدلالة معناه اتصاف الواهب بحالة حسية امام الموهوب له يفهم منهـا الرضاء بقبض الموهوب لتملكه والأيجاب الذي هو معناه الصريح التبرع القولي يفهم منـه ايضاً تسليط المخاطب به على قبض المتبرع به بمعونة ما يقارنه من السكوت ولذلك قام القبض مقام القبول في جلسة الأيجاب اما بعدها فتضعف هـذه الدلالة و يفارق الأيجاب ما يعـاونه من السكوت الا اذا نهى الواهب الموهوب له من القبض فيعتبر نهيه ولا يبقى حكم للأيجاب ٠

[وأما أذنه صراحة فهو قوله خذ هذا المال فأني وهبتك أياه ان كان المال حاضراً في مجلس الهبة وأن كان غائباً فقوله وهبتك المال الفلاني اذهب وخذه امر صريح] الا اذا نهاه عن القبض بعد الاذن فأنه يعتبر النهي لان المانع والمقتضي اذا تعارضا رجح المانع .

مادة ٨٤٤ [أذا أذن الواهب صراحةً بالقبض فيصح قبض الموهوب له المال الموهوب في مجلس الهبة و بعد الأفتراق] عن المجلس وتتم الهبة بهذا القبض و يملك الموهوب له المال الموهوب قياساً واستحسانًا لان امر الواهب بالقبض مطلق فلا يتقيد بالمجلس ولان الثابت بالنص يثبت بكل الوجوه فيتحقق الاذن في المجلس و بعده بنـاءً عليه اذا قال الواهب للموهوب له وهبتك هذا المال خذه فقبل الموهوب له الهبة فله قبضها في المجلس و بعد الأفتراق اذا لم ينهه الواهب عن القبض بعد الاذن . وكذا اذا وهب الواهب ماله الموجود في غير مجلس الهبة واذن للموهوب له بأخذه من المكان الموجود فيه فللموهوب له قبضه على ما رجحه قاضيخان .

[وأما أذنه بالقبض دلالةً فمقيد بمجلس الهبة] فأذا قبض في مجلس الهبـة يعتبر استحسانًا لا قياساً [ولا يعتبر] القبض [بعد الأفتراق] عن المجلس قياساً واستحسانًا ولا يملك الموهوب له الموهوب بالقبض لان صحة القبض بعد الأفتراق تتوقف على الاذن صريح لان الأيجاب في الهبة تسليط على القبض فكما ان القبول يتقيد بمجلس الأيجاب فالقبض يتقيد في المجلس ايضاً .

[مثلاً لو قال وهبتك هذا وقبضه الموهوب له في ذلك المجلس يصح وأما لو قبضه بعد الأفتراق عن المجلس فلا يصح] وهذا فيما اذا كان الموهوب عينًا اما اذا كان الموهوب دينًا فليس للموهوب له قبضه بدون اذن صريح ولو قبضه في المجلس وقد اشير الى ذلك في المادة (٨٤٨) من المجلس اذ قالت « اذهب وخذ » لذلك اذا قال الواهب للموهوب له وهبتك خمسة امداد حنطة من هذه الصبرة فليس للموهوب له قبض الحنطة الموهوبة بعـد الهبة الا اذا قال له الواهب « كل وخذ » .

[كذلك لو قال وهبتك المـال الذي هو في المحل الفلاني ولم يقل اذهب

وخذه فأذا ذهب الموهوب له وقبضه لا يصح] واذا قبض وتلف في يده يضمن ٠

مادة ٨٤٥ [للمشتري ان يهب المبيع قبل قبضه من البائع] وان يأمر الموهوب له بقبض الهبة واذا قبض الموهوب له الموهوب تمت الهبة سواء كانت عقاراً او منقولاً وهذا الحكم مخالف للبيع فقد ورد في المادة (٢٥٣) من المجلة ان ليس للمشتري ان يبيع المبيع المنقول قبل القبض لان كل تصرف لا يتم الا بالقبض كالهبة والأعارة والقرض والرهن والتصدق يصح تصرف المشتري فيه قبل القبض لكن هذا التصرف لا يسقط حق حبس البائع ولا تصح هبة المبيع للبائع لانها أقالة للبيع وكذلك هبة بدل الايجار من المستأجر اذا كان عيناً فأنه اقالة للايجار ٠

مادة ٨٤٦ اذا تجانس القبض يقوم احدهما مقام الآخر واذا تغاير يقوم القبض الاقوى مقام الادنى لوجود مثل الادنى في الاقوى بزيادة لذلك [من وهب ماله الذي هو في يد آخر له تتم الهبة ولا حاجة الى القبض والتسليم مرة أخرى] مهما كانت صفة يد الموهوب له على الموهوب اي سواء كان المال في يده امانة او وديعة او بطريق الايجار او بطريق البيع واذا وقعت الهبة على هذا الوجه و كان المال موجوداً في محل عقد الهبة لا يحتاج الموهوب له لان يذهب لمحل وجود الموهوب و يقبضه واذا كان الموهوب دابة فتلفت قبل ان يقبضها الموهوب له مرة ثانية تتلف من ماله و يصرف على نقلها من ماله ٠ و يشترط قبول الموهوب له في هذه الهبة صراحة لان القبول والقبض اذا كانا ليسا بشرطين في هذه الهبة يكون القانون اوجب التملك على الموهوب له بدون رضاه وهذا لا يجوز لاحتمال الضرر ٠ يستثنى من ذلك الميراث فأنه يثبت للوارث بدون رضاه ٠

واعلم بان القبض ينقسم الى ثلاثة اقسام ٠ القسم الاول : القبض المضمون بقيمة المقبوض او بمثله كقبض المال المغصوب وقبض المبيع بسوم الشراء مع تسمية الثمن وقبض المبيع بالبيع الفاسد فأذا باع صاحب هذه الاموال أمواله المقبوضة من القابض بيعاً صحيحاً يتم البيع بدون حاجة الى قبض جديد لان البيع الجديد مضمون والاموال مضمونة في الاصل فالقبض السابق يقوم مقام القبض اللاحق ٠ وكذلك الهبة فأنها ادنى من البيع الفاسد وسوم الشراء والغصب فأذا وقعت بعد الغصب والسوم والبيع الفاسد لا تحتاج الى قبض ٠

القسم الثاني : القبض المضمون بغيره كالمبيع والرهن لان الاول مضمون بالثمن والثاني مضمون بالدين وقد اختلف الفقهاء فيما اذا كان هذا القبض يقوم مقام قبض الهبة ام لا فمنهم من قال بقيامه مقامه ومنهم من اوجب القبض الجديد الا ان اطلاق المجلة يظهر منه انها قبلت القول الاول .

القسم الثالث : قبض العارية والمأجور والموهوب فأنه يقوم مقام قبض الهبة لانها أمانات وبقوة الهبة ولا يقال بان يد المستودع على الوديعة كيد المودع لانه يعمل لحسابه فلا بد من تجديد القبض لان المستودع وان كان يعمل للمودع الا انه ذو اليد حقيقة فبعد الهبة خرج من حكم الامانة وصار لا يحتاج لقبض ما هو في يده مجدداً . واذا وهب المودع الوديعة للمستودع وتلف في يده وظهر بعد ذلك مستحق فله الخيار ان شاء ضمن الموهوب له وان شاء ضمن الواهب واذا ضمن الموهوب له ينظر فأذا جدد الموهوب له القبض بعد الهبة لا يرجع على الواهب واذا لم يجدد القبض بعد الهبة يرجع لان الموهوب له اذا لم يجدد القبض تكون الوديعة غير منتقضة بالهبة ويكون المستودع قد تضرر بعقد نفعه عائد للمودع ونظير ذلك هبة الاب الولي لطفله فأذا وهبه مالاً واستحق بعد التلف فالضمان على الاب لا على الطفل اذا كان الطفل صغيراً واذا كبر الطفل وجدد القبض وضمن لا يرجع على ابيه الواهب واذا لم يجدد القبض يرجع .

مادة ٨٤٧ لا يشترط القبول بهبة الدين للمدين ولا بابراء المدين من الدين و يرد بالرد

لان هبة الدين للمدين وابراؤه منه من وجه تمليك ومن وجه اسقاط فباعتباره اسقاطاً يصح بدون قبول و باعتبار تمليكاً يرد بالرد كالبيع و باقي التمليكات فانها ترد بعد الايجاب وقبل القبول .

قلنا ان الابراء من الدين وهبته تمليك لان الدين مال مآلاً فتجب فيه الزكاة ويصح شراء العروض والمتاع بمقابله من المدين والبيع مبادلة مال بمال والدين من وجه آخر وصف شرعي لا عين له حتى ان الدائن اذا كان ليس له الا الدين وحلف ان لا مال له لا يحنث . ولا يصح للدائن ان يشتري مالاً من غير المدين ويجعل الدين ثمناً للمبيع لذلك فباعتبار ان الدين مال يجوز تمليكه وترد هبته بالرد و باعتباره وصفاً يسقط بالأسقاط ولا تحتاج هبته الى قبول بناءً عليه

[اذا وهب احد دينه للمديون او أبرأ ذمته من الدين ولم يرده المديون فتصح الهبة ويسقط عنه الدين في الحال] .

وكذا أذا بلغ الدائن ان مديونه توفي فوهبه الدين او أبرأ ذمته صح الأبراء ولا يعود الدين ولو ظهر بعد ذلك ان المديون حي · وكذا هبة احد الشركاء بالدين المشترك حصته من الدين للمدين صحيحة سواء كان سبب الأشتراك الأرث او غيره ولا تحتاج هذه الهبة الى القبول لأنها بحكم الأبراء فتقع الهبة أبراءً سواء قبلها المديون ام لا ·

فائدة — اذا كان للدائن بذمة مدينه مبلغاً من الدين بعضه معجل و بعضه مؤجل فوهب الدائن مدبونه من قسم من الدين تقع الهبة مناصفة بين المعجل والمؤجل لعدم ترجيح احدهما على الآخر ·

واعلم ان كلمة مديون الواردة في هذه المادة هي من وجه احترازية اذ لا تجوز هبة الدين من غير المدين كما سيبين ذلك في المادة الآتية ، ومن وجه آخر غير احترازية كهبة الدين لوارث المدين فأنها صحيحة ولو كانت تركته مستغرقة بالدين وترد الهبة برد الوارث عند ابي يوسف ولا ترد برده عند محمد وتقع الهبة للمدين بعد وفاته ويجري فيها حكم الرد على الاختلاف السابق بين الأمامين وتصح الهبة عن دين المتوفى لبعض الورثة ويستفيد منها كل الورثة وترد بردهم عند الأمام الثاني لذلك تصح الهبة للمدين الحي وللمدين الميت ولبعض الورثة ولكلهم · وتصح الهبة عن الدين الباقي في الذمة وعن الدين المقبوض · ولهذا وقعت على الدين المقبوض يسترد المديون ما دفعه للدائن واذا دفع الدين من اجنبي تبرعاً ووقعت الهبة بعد الدفع يسترد الاجنبي ما دفعه تبرعاً · ولا يشترط ان يكون الحق الذي وقع الأبراء عنه معلوماً فيقع الأبراء عن المجهول كقول الدائن للمديون أبرأتك من مالي في ذمتك ويقع الأبراء حكماً وديانة اذا كان المبرئ يعلم مقدار الدين بالاتفاق وتبرأ ذمة المدين حكماً وديانة ولو كان المبرئ لا يعلم مقدار الدين عند ابي يوسف وهو المفتى به لأن جهالة الأسقاط لا تمنع صحته خلافاً للأمام محمد فأنه قال ببراءة المدين حكماً لا ديانة · الا اذا كان الأبراء مشروطاً بشرط فيجب مراعاته والا لا يصح الأبراء ولا يسقط الدين فأذا قال الرجل لزوجته ابرئيني من صداقك على ان اهبك هذا المال فأبرأته الزوجة من الصداق وتمنع الزوج من الهبة يبقى الصداق في ذمته على ما جاء في المادة (٨٥٥) من المجلة · وكذلك الأبراء بطريق الرشوة لا يصح ·

يستثنى من ضابط اشتراط القبول بهبة الدين والأبراء ثلاث مسائل وهي الأبراء من بدل الصرف والأبراء من بدل السلم والهبة والصدقة للكفيل، فأذا كان الدين بدل صرف او بدل سلم فالأبراء منه يوجب انفساخ عقد الصرف والسلم ولما كان احد العاقدين ليس له فسخ العقد

اللازم فيلزم القبول بالهبة والأبراء منه فلا تبرأ ذمة المدين بدون القبول فلزوم القبول بهاتين المسألتين لا لكونه لازماً بل لأنه يستلزم فسخ العقد واحد العاقدين ليس له ذلك وكذلك هبة الدين للكفيل والتصدق بها عليه تحتاج الى القبول ·

وترد الهبة بالرد كالأبراء اذا كان في المجلس ، وقد اختلف الفقهاء بردها في مجلس آخر فمنهم من قال بأنها لا ترد في المجلس الآخر ومنهم من قال ترد ولا تتقيد في المجلس لأن في الأبراء معنى الأسقاط والأسقاط لا يتقيد في المجلس يستثنى من ذلك بعض مسائل وهي:

(١) اذا أبرأ المكفول له الكفيل ورده لا يرد على ما جاء في شرح المادة ٦٦٠

(٢) أبراء المحال له المحال عليه لا يرد برده على ما جاء في شرح المادة ٦٧٣

(٣) اذا قبل المديون الابراء ورده لا يرد

(٤) اذا وقع الأبراء بناءً على طلب المدين فلا يرد برده

(٥) اذا أبرأ الدائن مديونه وسكت المديون في المجلس ثم رده في مجلس آخر لا يَرد ·

مادة ٨٤٨ لا يصح تمليك الدين لغير من عليه الدين لذلك اذا أدى رجل ذمة الآخر على شرط ان يكون الدين ملكه لا يصح ولو كان الدافع وكيلاً في البيع اي ان الوكيل في البيع اذا باع مال موكله بمبلغ دفعه لموكله من ماله على ان يملك الدين لا يصح ذلك وللوكيل استرداد ما دفعه ويبقى الدين في ذمة المشتري للموكل · ويصح تمليك الدين للمدين حقيقة كهبة الدين الى المدين او حكماً كتمليك الدين لوارث المدين بهبة او استبدال ولا فرق بين ان يأخذ الدائن بدلاً من الدين نقوداً من غير جنسه او ان يبيعه مالاً بمقابل الدين يستثنى من الضابط الأول اي من ضابط عدم جواز تمليك الدين لغير المدين اربعة مسائل :

المسألة الأولى [من وهب دينه الذي هو في ذمة أحد لآخر وأذنه صراحة بالقبض بقوله اذهب نخذه فذهب الموهوب له وقبضه تتم الهبة] ·

لأن الموهوب له وكيل الدائن في القبض فيعتبر قابضاً لنفسه بعد ان قبض حسب وكالته فالزوجة اذا وهبت مهرها الى ابيها واذنته بقبضه صراحة فقبضه تتم الهبة ولو كان ما اخذه من غير جنس الدين كما في الخانية ·

واعلم بان الدين هو قيد احترازي يحترز به من العين لأن هبة العين والأذن بقبضها مصرح به في شرح المادة (٨٤٥) وان كلمة آخر هي قيد احترازي ايضاً يحترز بها المدين لأن الحكم للمدين قد سبق ذكره في المادة الآنفة. ويشترط الأذن الصريح بالقبض في الهبة لغير المدين ولا يكفي الأذن بالدلالة فلا يصح للمأذون الموهوب له دلالة ان يقبض الهبة في مجلس الهبة او في مجلس آخر لأن القبض لا يصح بدون التسليط وهذا يخالف حكم الأقرار لأنه لا يشترط فيه التسليط على القبض فأذا قال الدائن ان الدين الذي لي على فلان هو لفلان وان اسمي في السند مستعار فيكون قد اقر بالدين للمقر له وللمقر له قبضه ولو لم يسلط على قبضه على ما جاء في المادة (١٥٩٣) الا اذا كان المقر له لا يملك ماوقع الأقرار به حقيقة فلا يملك القبض ديانة الا اذا سلط على القبض . ولا بد من قبض ما وقعت الهبة به . لأن الهبة لا تتم الا بالقبض والقبض لازم لتمام هبة الدين كما هو لازم لتمام هبة العين فأذا مات الواهب قبل القبض تبطل الهبة وإذا أعطى الموهوب له عوضاً يسترده وتتم الهبة بالقبض ولو كان من غير جنس المقبوض لأن حق القبض للموهوب له فله الاستبدال وللواهب ان يمنع الموهوب له من القبض والرجوع عن هبته بعد التسليط وله قبض دينه من المدين وليس للموهوب له ان يطلبه منه وأذا أعطاه اياه تكون هبة مبتدئة لأن هبة الدين مع التسليط على قبضه لا تتم قبل القبض .

المسألة الثانية : هي الحوالة فأذا عقدت الحوالة على ان تدفع من دين المحيل الذي له في ذمة المحال عليه مقيدة بملك المحال له الدين الثابت في ذمة المحال عليه (راجع المادة ٦٩٢ ومثال المادة ٢٥٢) .

المسألة الثالثة : الوصية اذا أوصى رجل لآخر بدينه الذي له على مدينه تصح الوصية ويكون الموصى له نائباً عن الموصي وإذا أوصى بثلث ماله وتوفي وله ديون فللموصى له مطالبة المدينين بثلث الديون .

المسألة الرابعة : اذا قال الأجنبي للدائن هبني مالك في ذمة فلان من الدين ووهبه الدائن ذلك يبرأ المدين استحساناً اما اذا وهب الدائن الدين الى اجنبي بدون طلبه لا يبرأ المديون .

مادة ٨٤٩ [أذا توفي الواهب أو الموهوب له قبل القبض فتبطل الهبه] .

لأن الهبة لا تتم الا بالقبض فأذا توفي الواهب قبل تمام الهبة ينتقل الموهوب لوارثه فلا يجوز

للموهوب له ان يقبض الهبة ولو كان المتوفى اذنه في القبض واذا توفي الموهوب له تبطل الهبة ايضاً لان الهبة وقعت للموهوب له لا لوارثه • وكذلك الحكم في البيع فأن خيار القبول لا ينتقل للوارث فأذا مات المشتري قبل القبول لا يتم البيع بقبول وارثه الحاضر في المجلس • وتبطل الهبة قبل القبض مطلقاً سواء كان ديناً او عيناً •

يتفرع عن هذه المادة بعض مسائل منها اذا وهب المريض ماله لأجنبي في مرض موته وتوفي قبل التسليم تبطل الهبة لأن الهبة في مرض الموت وان كانت كالوصية الا انها هبة في الحقيقة تحتاج الى التسليم • وكذلك اذا توفي الواهب قبل التسليم وظن وارثه ان الهبة تامة فسلمها الى الموهوب له لا تتم الهبة ولا تكون من قبيل هبة التعاطي لأنه اذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه • واذا اختلف وارث الواهب والموهوب له في القبض فأقر الوارث الهبة وادعى بان قبض الموهوب وقع بعد وفاة مورثه وادعى الموهوب له ان القبض وقع حال حياة الواهب فالقول قول الوارث سواء كان المال الموهوب في يده او في يد الموهوب له لانه ينكر الهبة•

مادة ٨٥٠ [أذا وهب احد لأبنه الكبير العاقل البالغ شيئاً فيلزم التسليم]

ولو كان الولد في عيال ابيه لأن الهبة الى الأبن الكبير كالهبة الى الأجنبي خلافاً للهبة الى الصغير فأنها لا تحتاج الى التسليم ولا يكتفى بتجديد القبض لذلك اذا وهب رجل ماله الى ابنه الكبير وابنه الصغير صفقة واحدة تفسد هبته لأن الواهب قابض بالولاية عن الصغير وحصة الكبير من الموهوب شائعة• وتصح هبته الى ولديه الكبيرين والتسليم لهما لعدم الشيوع عند القبض وكذا اذا فصل رجل لباساً الى زوجته لا تتم هبته الى بالتسليم •

اما الولد الكبير المبحوث عنه في هذه المادة هما الكبير العاقل البالغ اما الصغير والمجنون فحكمها حكم الطفل الوارد ذكره في المادة الآتية •

مادة ٨٥١ [يملك الصغير المال الذي وهبه اياه وصيه او مربيه يعني من هو في حجره وتربيته] كالأخ والعم والخال او الأجنبي [الذي في يده او الذي كان وديعة عند غيره بمجرد الأيجاب اي بمجرد قول الواهب وهبت ولا يحتاج الى القبض] •

وقد وردت كلمة الصغير في هذه المادة بلفظ التذكير وهي تشمل الذكور والأناث وكان

الأولى بالمجلة ان تستعمل كلمة طفل بدلاً من كلمة الصغير وكذلك الحكم في المجنون ٠ وقد ذكرت هذه المادة الوصي وسكتت عن الولي وهو أولى من الوصي كما لايخفى اما الولي فهو الأب والجد عند وفاة الاب او غيبته ٠ولا فرق بين ان يكون المال الموهوب عند الولي والوصي او عند المستودع والمستعير فتصح الهبة للطفل سواء كان بحجر الولي و بتربيته او لم يكن ٠ وكذلك المربي فتصح هبته بدون القبض و يشترط في هبته ان يكون تحت حجره و تربيته سواء كان المربي اخاً او اماً او خالاً او اجنبياً كالملتقط فيملك الصغير هبتهم بدون القبض ويشترط ايضاً ان لا يكون للصغير ولي او وصي لأن ولاية القبض لهؤلاء اي للمربي اذا لم يوجد الأب ووصيه والجد ووصيه وامامع وجود واحد منهم فلا سواء كان الصبي في عيال القابض او لم يكن وسواء كان ذا رحم محرم او لم يكن فأذا كان للصغير ابا ومربياً ووهبه المربي مالاً فلا تتم الهبة قبل ان يقبضها الأب ٠ولا فرق بين ان يكون الموهوب في يد الواهب او في يد غيره كالمستودع فتتم الهبة بالمال الموهوب وهو في يد الواهب او عند مستودعه او عند مستعيره الا اذا كان في يد المشتري ببيع فاسد فأذا باع الولي بيعاً فاسداً وسلم ثم وهب من طفله فلا تصح هبته ٠ وكذا لا تصح الهبة الى الطفل في مال بيع بخيار الشرط وسلم الى المشتري ولا تصح هبة المغصوب وهو في يد الغاصب ولا المال الذي في يد المرتهن ولا تصح هبة المال المأجور ولا المال الموهوب والسبب في عدم صحة الهبة في مثل هذه الأحوال هو ان قبض المشتري والمستأجر والموهوب له يقع لنفسه اما المال المستعار وان يكن قد قبض لمنفعة المستعير الا ان الفرق بين المستعار والمأجور ظاهر فالعارية عقد غير لازم والأجارة عقد لازم ٠

ويجب في الهبة ان يكون المال الموهوب معلوماً فلا تصح هبة المجهول لعدم صحة تمليك المجهول ويجب فيها ان تكون الهبة نافعة للصغير كما سيأتي تفصيله في المادة الآتية ٠ والصدقة في هذه الأحكام كالهبة فالأب اذا تصدق على طفله بأرضه او بدابته او بعرصته المزروعة صحت هبته وصدقته الا اذا كانت العرصة مشغولة بزرع الغير وللاب الرجوع في هبته ولو كان لا مانع للرجوع ٠وتنعقد هبة الولي والوصي بمجرد الأيجاب لأن كل عقد يتولى طرفيه واحد يكفي فيه الأيجاب اذا أوجب المتكلم العقد بعبارة تبين كونه اصيلاً عن نفسه (راجع شرح المادة ١٦٧) بناءً عليه اذا قال الأب عن المال الذي في يده او في يد المستعير اني وهبت مالي هذا لطفلي صحت الهبة بدون قبول من احد و بدون قبض لأن القبض اذا وجب لا يكون الا من الاب الواهب

حتى ولو كان الموهوب بعيداً عن مجلس الهبة و بديار اخرى . وكذلك الاب اذا فصل ثياباً لولده ليس له اعطاءها لغيره الا اذا اشهد حين تفصيلها انه سيعيرها لولده عارية لا هبة . و تجوز هبة المشاع وهبة المشغول اذا كانت من الطفل فللواهب ان يهب داره المشغولة بسكناه وبحوائجه و بحوائج غيره اذا كانت موضوعة بطريق الأعارة لا بطريق الأيجار وله هبة كرومه وارضه المشجرة وتنعقد هبته بمجرد الأيجاب ولا تحتاج مثل هذه الهبات لتجديد القبض ولو كان الموهوب في يد غير الواهب عارية او وديعة لأن قبض الأنسان ماله هو قبض أمانة وكذلك القبض في الهبة هو قبض أمانة يقوم احدهما مقام الآخر . وكذلك يد الوديع فأنها كيد الواهب و يد المستعير وان كانت لا كيد المعير لكن الأعارة عقد غير لازم فلا يخرج المال المعار من حكم المعير . وفي رد المحتار اذا وهب رجل مالاً لمن هو بولايته او وصايته او بتربيته وحجره فعليه ان يعلم و يشهد على هبته لان الأعلام بمنزلة القبض والأشهاد لأجل ان لا ينكر الورثة هذه الهبة بعد وفاة الواهب .

مادة ٨٥٢ [اذا وهب احد شيئاً لطفل فتتم الهبة بقبض وليه او مربيه]

لأن الولي والوصي لهما اجراء العقود الدائرة بين النفع والضرر لحساب الصغير فمن الأولى ان يجريا عقود التبرع لانها نفع محض للصغير . وكذلك هبة للمجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة يجب فيها تسليمها الى الولي والوصي . ولا بد من ان يكون الموهوب شيئاً نافعاً فهبة الحمار الأعمى الذي لا ينفع لعمل لا تصح لأنها مضرة لا نافعة . والصدقة في ذلك كالهبة واذا وقعت الهبة للصغير فليس لأبويه استهلاكها اذا كانت نقوداً او دنانير الا اذا كانوا فقراء ومحتاجين واذا كانت من المأكولات يأكلانها عند بعض الفقهاء لان الأهداء لهما وذكر اسم الصغير ناشئ عن استصغار الهدية ولا يأكلانها عند بعض الفقهاء بل يبيعونها و ينفقون منها على الصغير . ولابد من قبض الولي اذا كان الموهوب له ليس بقبضته واذا كان بقبضته تتم الهبة اذا كان عيناً . وقد اختلف الفقهاء بالدين فيجب قبضه على قول بعضهم ولا يجب قبضه على قول الآخرين . كهبة الزوجة مهرها الثابت في ذمة زوجها قبل القبض من طفلها الجاري بولاية زوجها المذكور فأنه يجري في تمام هبته هذا الخلاف والأولى ان يفرقه الزوج من ماله و يقبضه حسب ولايته اما الولاية في هذا الباب فهي تسع درجات وهي الاب ووصيه والجد الصحيح ووصيه ووصي

وصي الاب ووصي وصي الجد والحاكم ووصي الحاكم ووصي وصيه و يتقدم اصحاب هذه الدرجات على بعضهم فلا يتصرف الثاني مع وجود الأول والمقصود من وجوده حضوره فأذا غاب صاحب الدرجة الأولى غيبة منقطعة انتقل التصرف للثاني لأن الوفاة ليست بشرط واذا توفي اصحاب هذه الدرجات انتقل حق القبض لمربي وقد أشارت المجلة الى حق قبضه ايضاً اذ وردت فيها هذه المادة مطلقة بناءً عليه اذا كان الصغير بعيال جده الصحيح ووهبه اجنبي مالاً وقبل الجد الهبة وقبضها تتم صحيحة ولو كان ابوه حياً وحاضراً . وكذلك اذا كان الصغير بعيال امه واخيه ووصيه او اجنبي ووهبه اجنبي مالاً وقبل من هو بتربيته الهبة وقبضها تتم الهبة ولو كان اب الصغير او جده حياً وموجوداً لأن الأب والجد قد جعلا الأخ والأم حافظة على الصغير فالأولى ان يحفظوا ماله لأن القبض من الحفظ اما الزوج فليس له قبض دين الصغيرة ولو زوجته وليس له قبض الهبات الموهوبة لها قبل الزفاف وهذا مخالف لبعض الفقهاء حيث قالوا بأن لا ولاية لغير الأب مع وجوده لعدم الضرورة . أما الأجنبي الذي لم يكن الصغير تحت تربيته فليس له القبض مطلقاً .

مادة ٨٥٣ [اذا وهب شيء للصبي المميز فتتم الهبة بقبضه اياه وان كان له ولي]

لأن القبض نافع للصغير لأنه اهل لمباشرة ما ينفعه من الأعمال والسبب في ذلك هو ان عقل المميز لم يعتبر لأنه لا يقدر على نظر عواقب الأمور كما هي حقها فلم تقبل تصرفاته المضرة ولا تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر لأن عقله ليس بكاف ولذا فقد أوجب الشرع أجازة الولي والوصي بعقوده الدائرة بين النفع والضرر اما العقود المفيدة فلا فائدة من ردها واذا قيل بأن عقل الصغير اما معتبر فيجب قبول كل عقوده واما غير معتبر فلا يجب قبول الهبة الواقعة له اذاً لا فائدة من قبضه الهبات فنقول ان عقله معتبر بتحصيل النفع المحض ولا يحتاج لفعل غيره بالخلفية توفيراً للمشقة ولا فرق في قبول الهبة بين المميز والمميزة ولذا فأن كلمة المميز الواردة في هذه المادة ليست بقيد احترازي ولا يحترز بها الا من غير المميز لأن الهبة لا تتم بقبض غير المميز الموهوب له بل يحتاج لقبض وليه او وصيه . ولا بد من ان تكون الهبة نافعة للموهوب له كما مر ذكر ذلك لأن هبة الحمار الاعمى الذي لا ينفع لعمل ما وهبة التراب الذي لا يفيد الموهوب له و يكلفه مصرف نقل اكثر من قيمته لا تصح . و يحترز من كلمة الهبة من اداء الدين

فليس للمدين اداء الدين الذي عليه للصغير ولو مميزاً واذا دفعه له يضمن مثله وكما ان للصغير حق القبض فلوليه ووصيه القبض لأن الصغير اذا كان له حق القبض فالأولى ان يقبض وليه . وللمميز قبول الهبة وردها ايضاً واذا ردها ترد لأن هذا الرد لا يبطل حقاً ثابتاً للصغير .

مادة ٨٥٤ [الهبة المضافة ليست بصحيحة] لأن اضافة التمليكات وتعليقها على الشرط غير صحيح [مثلاً لو قال وهبتك الشيء الفلاني في رأس الشهر الآتي لا تصح الهبة] .

وكذلك الرقبي وهي التمليك مضافاً الى ما بعد الوفاة لا تصح لأنها هبة مضافة خلافاً لأبي يوسف فأنه قال بصحتها اذ ان كل واحد من الواهبين اذا وهب ماله مضافاً الى ما بعد موته للآخر فيكونان قد اجريا مقاولة بينهما والمقاولة يجب اعتبارها واذا قلنا ان الرقبي هبة فتكون صحيحة والشرط باطل اما الطرفان فقد قالا بأن الرقبى اما ان تكون هبة واما ان تكون عارية والهبة اكثر من العارية فيتحقق الأدنى دون الأعلى وكذلك الهبة المعلقة بالشرط فأنها غير صحيحة سواء كان الموهوب عيناً او ديناً فلا تصح الهبة اذا قال الواهب وهبتك فرسي هذا اذا دخل فلان داري او حضر فلان من السفر ولا تصح ايضاً اذا قال الدائن لمدينة اذا جاء الغد فأنت بريء من ديني عليك او وهبتك مالي بذمتك او اذا اعطيتني نصف مالي بذمتك فأنت بريء من النصف الثاني . وكذا الزوجة اذا قالت لزوجها اذا مت من مرضي فمهري صدقة عليك او حلال لك فالقول باطل والمهر يبقى بذمة الزوج الا اذا قال الدائن لمدينه اذا مت فأنت بريء من ديني عليك يصح ابراؤه ويحمل على الوصية . وكذا تعليق الأبراء على الشرط الكائن صحيح لأنه تنجيز كقول الدائن لمدينه اذا كنت مديناً لي فأنت بريء فيصح الأبراء ويتم . ويحترز بتعبير الهبة المضافة من العمرى لأن العمرى صحيحة وليست بهبة مضافة لأن العمرى تمليك في الحال على شرط الأسترداد بعد وفاة المعمر له فيصح فيها التمليك ويبطل الشرط لأن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والأصل في ذلك ان كل عقد من شرطه القبض فأن الشرط لا يفسده كالهبة والرهن بناءً عليه اذا قال رجل لآخر اعطيتك دابتي هذه مادمت حياً على ان تردها لي بعد وفاتك اوقال اعطيتك دابتي هذه ما دمت حياً على ان تردها لورثتي بعد وفاتي فتصح الهبة وينتقل الموهوب لوارث الموهوب له ولو توفي قبل الواهب .

مادة ٨٥٥ [تصح الهبة بشرط عوض و يعتبر الشرط].

لأن الشرط يراعى بقدر الامكان فتصح الهبة بشرط العوض و يعتبر العوض سواء كان حقيقياً كما سيأتي ذلك بمثال هذه المادة او حكمياً كالسكنى سوية . اما الشرط المعتبر في هذه المادة فهو الشرط التقييدي وتفصيل ذلك هو ان الشرط اذا ذكر في الهبة فالشرط اما تعليقي وهو ما يذكر بأدات الشرط كلفظ ان او اذا والهبة المعلقة عليه باطلة سواء كان الموهوب عيناً كقوله وهبتك داري او فرسي اذا اعلتني الى وفاتي او قول الزوجة لزوجها وهبتك مؤخري عليك اذا علتني الى وفاتي . او كان الموهوب ديناً كقول الزوجة المريضة لزوجها اذا مت من مرضي هذا فمؤخري لك لأن تعليق التمليكات على الشرط باطل ولو اشترط العوض بمقابل هذه الهبات وسلم الى الموهوب له .

واما ان يكون الشرط تقييدياً وهو الشرط الذي يذكر بكلمة على او كلمة شرط كقوله وهبتك هذا الثوب بشرط ان تعطني عوضاً او « وهبتك هذا المال على ان تعوضني هذا الثوب » كشرط لا يخل بأحكام الهبة وتنقسم الهبة بالشرط التقييدي الى قسمين الأول هو الشرط الملائم فالهبة والشرط فيه صحيحان وهذا هو الشرط المقصود في المجلة والقسم الثاني هو الشرط المخالف اي غير الملائم فالهبة فيه صحيحة والشرط باطل خلافاً للبيع لأنه يفسد بالشرط الفاسد لأن الشرط الفاسد بمعني الربا والربا يجري في المعاوضات لا في الهبات ولأنه (صلعم) اجاز العمرى وابطل شرط المعمر في رجوعه بعد وفاة المعمر له وجعلها ميراثاً لورثة المعمر له ولذا اذا وهب الواهب ماله مشترطاً في هبته على الموهوب له ان يهب الموهوب من غيره او ان لا يبيعه او وهبه كرمه مشترطاً عليه ان يأخذ محصوله لحين وفاته او وهبه داره على ان يسكنها ما دام حياً تصح الهبة ويبطل الشرط . وكذا اذا وهب ماله مشترطاً الرجوع في هبته او وهبه ماله مشترطاً رد نصفه او ثلثه له او وهبه ماله مشترطاً عليه اعطاءه نصف الموهوب او ربعه عوضاً عن الهبة فالهبة صحيحة والشرط باطل .

اما امثلة العوض الحقيقي فهي :

١ — [مثلاً لو وهب احد لآخر شيئاً بشرط ان يعطيه كذا عوضاً او يؤدي دينه المعلوم المقدار أذا راعى الموهوب له الشرط والا فللواهب الرجوع عن الهبة]

ويمتنع على الواهب الرجوع في هبته سواء كان الموهوب له اجنبياً عن الواهب او من اقارب به المحررة في المادة ٨٦٦ وتلزم هذه الهبة بالتقابض اي بتقابض الموهوب العوض لا بمجرد الأيجاب والقبول ولا يلزم بدون التقابض ولو كان الموهوب له حاضراً ومهيئاً لدفع العوض وتسليمه وكذلك لا يجب على الموهوب له دفع العوض بدون رضاءه لأن له فسخ الهبة لعدم لزومها واذا قبض الموهوب له الموهوب وتمنع من دفع العوض يؤمر بدفعه واذا ادعى هلاكه او استهلاكه واثبت ذلك يضمن قيمة الموهوب اذا كان هالكاً لأن الهبة بشرط العوض هي ابتداءً هبة وانتهاءً بيع وتشتمل على الهبة لفظاً والبيع معنىً وامكن الجمع بينهما ولذا لقد وجب العمل بهما معاً كالهبة في مرض الموت فأنها هبة ابتداء فيلزم ان تقبض وان لا تكون شائعة وتعتبر وصيةً انتهاء فتنفذ من الثلث بعد الوفاة ·

وحيث كانت الهبة بشرط العوض هبة ابتداءً فيلزم فيها تقابض العوض في المجلس مطلقاً و بعد المجلس بالأذن ولكل من الطرفين الأمتناع عن التسليم ويجب ان لا يكون الموهوب شائعاً ولو من مال قابل للقسمة وان لا يكون الواهب ولياً او وصياً لأن الهبة بشرط العوض تبرع ابتداءً فهي باطلة بحق الصغير · ولا تفسخ الهبة لخيار الغبن والتغرير وقلة العوض واذا وقع الخلاف بمقدار العوض لا يجرى التحالف وحيث كانت بيعاً انتهاءً فللطرفين المتعاقدين خيار العيب وخيار الرؤية في البدلين واذا كان الموهوب والعوض عقاراً تجرى فيهما الشفعة · الا اذا كان العوض مجهولاً لأن جهالة العوض هي بمثابة الشرط المفسد والهبة صحيحة بالشرط المفسد والشرط باطل ·

[كذلك لو وهب احد وسلم عقاراً مملوكاً لآخر بشرط ان يقوم بنفقة الواهب الى وفاته ثم ندم فأراد الرجوع عن الهبة واسترداد ذلك العقار فليس له ذلك ما دام الموهوب له راضياً بأنفاقه على وفق ذلك الشرط] ·

واذا مات الواهب لا يتداخل وارثه بالموهوب · وكذا امين بيت المال اذا كان لا وارث للواهب الا اذا تمنع الموهوب من الأنفاق على الواهب فيسترد الهبة ولا يجوز للموهوب له ان يخرج الموهوب من ملكه ما دام الواهب حياً لان الموهوب له لم يملكه بصورة قطعية ولم ينقطع منه حق المالك بصورة مطلقة ولا تقام به دعوى الشفعة · واذا توفي الموهوب له قبل الواهب

يتعذر على الموهوب له القيام بأداء العوض المشروط و يكون القيام بذلك خارجاً عن امكانه ودرجة اقتداره فيجب على الواهب ان يرد قيمة ما صرف عليه و يسترد ملكه على ما ارى وان كان لا نص على ذلك بدليل ان الموهوب له اذا اشترط على نفسه اعطاء عوض مقداره عشر ليرات فأعطي نصفه وتمنع من دفع الباقي فقد قال الفقهاء بأن للواهب استرداد الموهوب ورد العوض المقبوض . وكذلك الحكم اذا ضبط بعض العوض بالاستحقاق فأن الواهب يرد الباقي من من العوض و يسترد الموهوب . وكذلك الزوجة اذا وهبت زوجها مهرها على ان لا يطلقها لوقت معين معلوم فطلقها قبل مضي المدة تبطل الهبة وتسترد الزوجه المهر اما اذا لم توقت المدة وتركت مطلقة وامسك الزوج زوجته ثم طلقها تكون الهبة لازمة .

وليس لورثة الموهوب له ان يطلبوا بقاء الهبة والأنفاق على الواهب من مالهم الى وفاته لأنهم لم يتفقوا معه في الأصل ولا تسمع دعواهم على هذه الجهة . اما قيد الوفاة الوارد في هذه المادة فليس بقيد احترازي لان الواهب اذا وهب ماله على ان يميله الموهوب له لوقت معلوم صحت الهبة والشرط .

وكذلك القوض الحكمي كالسكنى معاً وعدم التطليق وترك الظلم فهو معتبر كالعوض الحقيقي وتعتبر فيه الهبات فأذا نكل الموهوب له بشرط عوضه ورجع الى ظلم الواهب او عدم السكنى معه او عدم معاشرته اذا كان زوجة تبطل الهبة مطلقاً لأن ترك الظلم والسكنى معاً وما شابه ذلك وان كانت ليست بعوض حقيقي فهي عوض حكمي وكذا لو وهبت مهرها على ان يحسن اليها ولم يحسن كانت الهبة باطلة وتكون بمنزلة الهبة بشرط العوض فيتضح من هذا ان الهبة بشرط العرض المجهول صحيحة .

«لاحقة»

اذا اتفق الواهب والموهوب له بوقوع الهبة بشرط العوض بينهما واختلفا بمقدار العوض فأذا كان الموهوب قائماً والعوض غير مقبوض فالواهب مخير ان شاء قبل القدر الذي بينه الموهوب له وان شاء يرجع عن هبته واذا كان الموهوب قد تلف يضمن قيمته للموهوب له .

واذا اختلفا بشرط العوض فقال الواهب بوجوده وانكره الموهوب له فالقول قول الموهوب له فيرجع الواهب بهبته اذا كانت موجودة والا لا يأخذ شيئاً ان كانت هالكة .

واذا اراد الواهب الرجوع بهبته فأدعي الموهوب له القرابة او اعطاء العوض او ادعى بأن المال اعطي له صدقة لا هبة وانكر الواهب ذلك فالقول قوله استحساناً ٠

اذا انكر الواهب الهبة بعد وقوعها وادعى تسليمها بطريق الوديعة فالقول قوله مع اليمين واذا حلف استردها واذا تلفت بعد الدعوى في يد المدعى عليه يضمن والا فلا ٠

واذاوهب الواهب الوديعة الى المستودع وانكر الهبة واثبتها المستودع بالبينة تقبل دعواه ويقضي بها ولو لم يشهد الشهود على القبض واذا انكر الواهب وجود الموهوب في يد المستودع وقت الهبة وشهد الشهود على الهبة ولم يشهدوا على القبض تقبل شهادتهم ولو كان الموهوب وقت الشهادة في يد الواهب اذا كان حياً واذا كان قد توفي تبطل شهادتهم ٠ واذا ادعى رجل على من في يده المال ان المدعى عليه وهبه المال وسلمه اياه فانكر المدعى عليه دعواه وشهد الشهود بأن المدعى عليه اقر بالهبة والتسليم تقبل شهادتهم و يقضى بها واذا اختلفا بالشهادة بأن قال احدهم انه رأى الهبة والتسليم وعاينها وقال الآخر بأن المدعى عليه اقر بالهبة والتسليم ترد الشهادة ٠

الهبة بالشرط : اذا وهب الواهب ماله على ان يكون الموهوب له مخيراً لمدة كذا تصح الهبة اذا اجازها الموهوب له الهبة قبل الأفتراق والا فلا واذا وهب الواهب الهبة وجعل خيار الشرط لنفسه تصح الهبة و يلغى الشرط لأن الهبة ليست بعقد لازم فلا يصح فيها خيار الشرط ٠ اما الهبة للاقارب ولأحد الزوجين والصدقة حيث كانت لازمة فهل يصح فيها خيار الشرط ؟

وكذلك الحكم في الأبراء فأذا قال الدائن لمدينه ابرأتك من مالي في ذمتك على ان اكون مخيراً لمدة كذا يصح الأبراء و يلغى الشرط ٠

واعلم بأن كل ما جازت هبته منفرداً جاز استثناؤه من الهبة فأذا وهب الواهب اثمار اشجار معلومة على ان يكون له مقدار معين منها وأذن للموهوب له بقبضها تصح الهبة ٠ اما مالم تجز هبتة منفرداً فلا يجوز استثناؤه في الهبة اي يكون الأستثناء باطلاً والهبة صحيحة بجميع الموهوب فأذا وهب الواهب الفرس واستثنى حمله صحت الهبة بالفرس والحمل لان الهبة لا تصح قصداً على الحمل لأنه وصف وتابع والتابع لا يفرد بالحكم والأستثناء مخالف لمقتضى العقد وهو من قبيل الشرط الفاسد ٠

***

﴿ الباب الثاني ﴾

(في بيان شرائط الهبة)

شرائط صحة الهبة وشرائط نفاذها تنقسم الى ثلاثة اقسام القسم الأول ما يرجع الى نفس الركن والقسم الثاني ما يرجع الى الواهب والقسم الثالث ما يرجع الى الموهوب له ٠

فالقسم الأول هو ان تكون الهبة غير معلقة على مال بخطر الوجود والعدم وان لا تكون مضافة كما مر ذلك في المادة ٨٥٥ ٠

والقسم الثاني ان يكون الواهب اهلاً للهبة اي عاقلاً وحراً راجع ٨٥٩ ٠

والقسم الثالث خمسة انواع الأول أن يكون الموهوب موجوداً والثاني ان يكون مالاً متقوماً والثالث ان يكون مملوكاً لا مباحاً والرابع ان يكون الموهوب مقبوضاً والخامس ان يكون الموهوب القابل القسمة مقسوماً ومميزاً من غير الموهوب وان يكون غير متصل وغير مشغول بغيره ٠

مادة ٨٥٦ [يشترط لصحة الهبة وجود الموهوب في وقت الهبة] ٠

لأن المعدوم لا يكون محلاً للملك فلا يملك بالعقد اصلاً والهبة بحقه باطلة واذا وجد بعد الهبة وقبضه الموهوب له بعد صدور الأذن من الواهب لا يصح لأن ما بني على الباطل فهو باطل ٠ وكذلك الحكم بالبيع ٠

[بناءً عليه لا تصح هبة عنب بستان سيدرك او ولد فرس سيولد] او قطعة جوهر مفقودة حتى اذا ولدت الفرس وسلم ولدها او وجدت قطعة الجوهر وسلمت للموهوب له لا تصح الهبة وكذلك هبة السمن الذي سيحصل من الحليب وهبة الخبز الذي سيعمل من الحنطة والدهن الذي سيستخرج من السمسم لا تصح ولو استحصله الواهب وسلمه لا تنقلب الهبة الى الصحة لأن الموهوب معدوم وقت الهبة خلافاً للوصية فأنها تصح بالمعدوم ٠ وتصح هبة هذه الأشياء اذا تجددت الهبة بعد الوجود ٠

وكذلك هبة الصوف وهو بظهر الغنم والأثمار وهي على الشجر والزرع وهو في ارضه لا تصح لأنه بمنزلة هبة المشاع ولأن الاتصال مانع من القبض الكامل كالمشاع الا ان الصوف اذا جز والأثمار اذا جمعت والزرع اذا حصد وسلم تتم الهبة لأنها بحكم هبة المشاع ولا يقال بأن بيع النواة في

في البلح غير جائز واذا أخرج وسلم لا يتم البيع وقياساً على ذلك لا تجوز هبة الأثمار واذا وهبت وجمعت وسلمت يجب ان لا تصح لأن الهبة عقد تبرع يكتفى فيها وجود الموهوب بالفعل ولا يجب تعيين الموهوب فيه فعلاً اما البيع فهو عقد معاوضة يجب لانعقاده القدرة على التسليم ٠

مادة ٨٥٧ [يلزم ان يكون الموهوب مال الواهب] ٠

بناءً عليه لا تجوز هبة ماهو ليس بمال أصلاً كالميتة والدم المسفوح والمال الغير المتقوم كالخمر والخنزير ولايجوزان تكون هذهالأشياءعوضاً للمال الموهوب ٠وكذلك المعاوضة في الخمر والخنزير لا تجوز بين المسلم وغير المسلم وتجوز بين غير المسلمين بناءً عليه اذا وهب غير المسلم الى المسلم مالاً واعاضه المسلم خمراً او خنزيراً لا يصح العوض وللواهب الرجوع في هبته ٠

ولا تجوز هبة المال لصاحبه فلا تصح هبة ثمن المبيع للبائع ولا بدل الأيجار للمؤجر قبل القبض والتسليم ٠

ولا تجوز هبة مال الغير ايضاً كما سيأتي في متن هذه المادة ٠

[بناء عليه لو وهب احد مال غيره لا تصح ولكن بعد الهبة لو اجازها صاحب المال تصح] سواء كان الواهب من اقرباء صاحب المال او زوجته او اجنبياً لأن التصرف في ملك الغير باطل واذا تلف الموهوب في يد الموهوب له فلصاحبه الخيار ان شاء ضمن الواهب وان شاء ضمن الموهوب له ٠

وكذلك اذا احال المدين دائنه بقبض ماله في ذمته من مديونه حوالة مقيدة ثم وهب المحيل الدين الى المحال عليه لا تصح الهبة ٠

واذا اجاز المالك الهبة تصح لأن الأجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ٠

يستثنى من ذلك اولاً : الزوجة فأن لها أن تتصدق من مال زوجها بأشياء يسيرة كقطعة الخبز ٠

ثانياً : اذا امر رجل آخر بأن يهب شخصاً مبلغاً فوهبه المأمور من ماله تقع الهبة من الآمر مع انه لا يملك المال الموهوب والمأمور لا يرجع على الآمر وليس له استرداد الموهوب من الموهوب له وللآمر فقط استرداد الموهوب واذا امر الآمر المأمور بالهبة بقوله هب فلاناً مبلغ كذا على ان يكون ضمانها علي فوهب المأمور هذا المبلغ تقع الهبة من مال الآمر ولا رجوع للمأمور الا على الآمر ٠

مادة ٨٥٨ [يلزم ان يكون الموهوب معلوماً ومعيناً] اذا كان عيناً ٠

سواء كان الموهوب له صغيراً او كبيراً لأن تمليك المجهول باطل [بناءً عليه لو وهب احد من المال شيئاً او من الفرسين احدهما لا على التعيين لا تصح] لأن الموهوب بالوجه الأول مجهول و بالوجه الثاني غير معين ٠

وكذا هبة الوارث حصته من التركة قبل أن يعلمها لا تصح ٠ وفي البزازية يجب ان لا يكون الموهوب مجهولاً عند الواهب ولا عند الموهوب له فأذا وهب الواهب ماله المعلوم عنده والمجهول عند الموهوب له تصح الهبة ٠

[ولو قال ايما أردت من هاتين الفرسين فهي لك فأن عين الموهوب له في مجلس الهبة احداهما تصح والا فلا فائدة في تعيينه بعد المفارقة من مجلس الهبة] لأن الفساد قد تأكد بالأفتراق عن المجلس ٠ وهذا كله جار في الأعيان اما الديون فلا يجب ان تكون معلومة ومعينة في الهبة لأن هبة الدين اسقاط والجهالة لا تمنع صحة الأسقاط بناء عليه اذا كان لزيد عند عمرو الف قرش سببها القرض والف قرش سببها ثمن المبيع فوهب الدائن منها الف قرش الى المدين صحت الهبة وصار تعيين الجهة منحصراً بالواهب حال حياته و بوارثه بعد وفاته لأن هبة الدين الى المدين ابراء ٠

« لاحقة »

بما ان التصرف في المشاع صحيح في بعض العقود وغير صحيح في بعض العقود الأخرى لذلك وجب اجمال التصرف في المشاع والتوضيح عن هبة المشاع ٠

فالمبيع يجوز ان يكون شائعاً سواء كان البيع للشريك او للأجنبي اما اجارة المشاع فهي جائزة اذا كانت للشريك وفاسدة اذا كانت لغير الشريك ٠ وكذلك اعارة المشاع فأنها تصح للشريك مطلقاً ولغير الشريك اذا سلم جميع المال المعار وتكون اعارة مستأنفة بحق الكل ٠

الرهن رهن المشاع فاسد سواء كان المرهون مقسوماً او غير مقسوم وسواء وقع الرهن للشريك او للاجنبي ٠

الوقف يصح وقف المشاع عند الأمام الثاني فيما هو قابل للقسمة ولا يصح عند الأمام الثالث ولا يصح مطلقاً فيما هو غير قابل للقسمة ٠

الأيداع يجوز ايداع الحصة الشائعة للشريك ولا يصح ايداعها وتسليمها مع حصة الشريك لغيره ٠

القرض يجوز اقراض الحصة الشائعة فأذا اعطى رجل لآخر الف قرش وقال له ان نصف هذا المال قرض والنصف الآخر شراكة جاز القرض ٠

الهبة هبة المشاع وان يكن ذكرت بمثال المادة الرابعة والخمسين من المجلة الا اننا تتميماً للفائدة لا بد من ان نذكر شيئاً عنها في هذا البحث فنقول :

ان الموهوب يجب ان يكون غير مشاع حين القبض لأن القبض في الهبة منصوص عليه والكمال في المنصوص عليه شرط والنص يفيد الأعتناء بالمنصوص عليه بناءً عليه يشترط القبض الكامل في الهبة لتفيد ملكاً للموهوب له ولا يحصل القبض الكامل بهبة المشاع لأن القبض هو عبارة عن كون المقبوض في حوزة القابض والمشاع يكون من جهة في حوزة القابض ومن جهة اخرى في حوزة شريكه وكل جزء في حيزه يشتمل على ما يمكن قبضه وما لا يمكن قبضه فكان مقبوضاً من وجه دون وجه وفيه شبهة العدم النافية للأعتناء بشأنه ٠ ولا تقاس الهبة على الوصية والبيع الصحيح والقرض والسلم والصرف لأن القبض لم يكن منصوصاً عليه في هذه العقود خلافاً للهبة ٠ لذلك فأن هبة المشاع جائزة لكنها تحتاج الى التسليم مفرزة فأذا سلمت مفرزة تمت الهبة والا فلا بناءً عليه اذا قال احد الشريكين لصاحبه وهبتك حصتي من الربح لا تتم الهبة ولو كان الربح في يد الشريك الموهوب له لأن هبة المشاع لا تتم الا بالأفراز والتسليم فيما هو قابل للأفراز والقسمة ٠

وقد اختلف الفقهاء بهبة الحصة الشائعة من الشريك فمنهم من قال بصحتها لأمكان التسليم ومنهم من قال بفسادها وقد اختلفوا ايضاً بهبة المشاع فمنهم من قال بفسادها وانها تفيد الملك بالقبض وجوزوا للموهوب له ان يقف المشاع الموهوب و يضمن قيمته ومنهم من قال بأنها غير تامة وانها لا تفيد الملك كالهبة قبل القبض فليس للموهوب له بيعها ولا التصرف بها واذا باعها وتصرف بها لا يعتبر تصرفه بعكس الواهب فأن له التصرف في الموهوب لبطلان الهبة على هذا القول الثاني ٠

واعلم ان ما يوجب الخلل بالهبة هو الشيوع وقت القبض لا الشيوع وقت الهبة فالموهوب اما ان لا يكون شائعاً وقت الهبة ووقت القبض واما ان يكون مشاعاً وقت الهبة وغير مشاع وقت القبض فهبته صحيحة كمن وهب نصف داره وتصدق بالنصف الآخر على الموهوب له واما ان يكون غير مشاع وقت الهبة ومشاعاً وقت التسليم كمن وهب جميع ماله وسلم متفرقاً فالهبة صحيحة اذا سلم الموهوب جميعه اما اذا اوهب الموهوب ورجع عن هبته بالنصف وسلم النصف الآخر لا تتم الهبة واما ان يكون الموهوب مشاعاوقت الهبة ووقت التسليم فالهبة غيرصحيحة الا اذا كانت من الشريك . وكذلك لا تصح هبة من وهب نصف ماله وسلمه ثم وهبه النصف الآخر وسلمه وتجوز هبة المشاع بطريق البيع بأن يبيع من اراد هبة الحصة الشائعة تلك الحصة الى الموهوب له و يبرئ ذمته من ثمن المبيع .

ولا تصح هبة المال القابل للقسمة من واهب الى اثنين عند الأمام الأعظم وتصح عند الأمامين واذا فصلت حصة الموهوب لهما ينظر فأذا وقع التفصيل بعد الأجمال فلا تصح الهبة عند الأمام الأعظم سواء كان التفصيل بالتفضيل اي بزيادة حصة على اخرى او بدون التفضيل وتصح عند الأمامين واذا وقع التفصيل بدون سبق اجمال فلا يصح بالأتفاق سواء كان التفصيل بالتفضيل او بدونه .

ولا بد في مثل هذه الهبات من ان تكون الهبة والقبض من شخصين مختلفين بعقدين مختلفين فهذه الهبة بالاتفاق غير صحيحة ولو سلم كل منهما حصته . واما اذا كان عقد الهبة متفقاً والقبض مختلفاً فيعتبر القبض ولا تصح الهبة واذا كان العقد مختلفاً والقبض متفقاً او العقد والقبض متفقين فالأمام الأعظم قال بعدم صحة الهبة الواقعة في الصورتين المذكورتين الا اذا سلم الموهوب واقتسمه الموهوب لهما .

ولا تصح هبة الأب ماله الواحد لولديه الكبير والصغير لأن الهبة الى الطفل لا تحتاج الى قبض فعند التلفظ بالهبة تكون كأنها قد قبضت و يكون الحكم بها كالحكم بهبة المشاع الا اذا سلم الأب الموهوب للكبير ثم وهبه لهما فتصح الهبة ولا يخفى ان كل حيلة منعت حراماً واوصلت الى حلال فهي صحيحة . ويشترط لعدم صحة الهبة كون المال الموهوب قابلاً للقسمة على عدد رؤس الموهوب لهم فتصح هبة الدار الى اربعة اشخاص اذا كانت لا تقسم الا مناصفة حيث تكون غير قابلة للقسمة بالنسبة الى الموهوب لهم .

ولا يعتبر الشيوع اذا كان من جهة الواهب فتصح هبة المال المشترك سواء كان قابلاً للقسمة او غير قابل للقسمة من مالكيه لموهوب له واحد واذا سلم تمت الهبة لأنه لا شيوع فيها ٠

ولا يمنع الشيوع الصدقة ولو كان من المتصدق عليه خلافاً للهبة بناءً عليه تجوز الصدقة بعشرة مجيديات الى فقيرين لأن الصدقة يقصد بها وجه الله تعالى والله واحد والفقير نائب عنه اما في الهبه فأنه يقصد وجه الغني الموهوب له وهو اثنان لا واحد الا اذا كانت الصدقة بحصة شائعة فأنها لا تجوز اذا كان المتصدق به قابلاً للقسمة الا اذا افرز المتصدق به وسلم ٠

واعلم بأن الشيوع المانع لتمام الهبة هو الشيوع الأصلي لا الطاري؛ فأذا وهب الواهب جميع المال وسلمه ثم استحق جانب من الموهوب يكون الشيوع حاصل في ملك الموهوب له لا في ملك الواهب ولا يفسد الهبة كمن وهب ماله الذي لا يملك سواه الى اجنبي في مرض موته تصح هبته من الثلث اذا لم يجز الورثة كاملها واذا ضبط الموهوب بالأستحقاق من الموهوب له يكون طارءاً عند بعض الفقهاء ومقارناً عند البعض الآخر فمن قال بأنه مقارن قال بأن الشيوع وان اثبت بالبينة وبالأقرار بطريق الاستحقاق يثبت كون المستحق مالكاً للمستحق وكون الهبة الهبة وقعت شائعة بحصة الواهب وحصة المستحق ٠ ومن قال بأنه طاري فقد قال بأن الهبة على هذا الوجه من فضولي بحق حصة المستحق وهبة الفضولي اما ان تجاز واما ان تفسخ فأن اجيزت صحت وان فسخت فسدت فالفساد اذاً يحصل عند الفسخ لا في الأصل ولذا فالشيوع طاريء لا مقارن ٠

وتصح هبة الحصة الشائعة المعلومة من مال غير قابل للقسمة لأن في مثل هذا المشاع لا يتصور القبض الكامل فيكتفي بالقبض الناقص واذا اريد القبض الكامل في مثل هذه الهبات يكون باب الهبة قد سد مطلقاً وهذا لا يجوز الا ان الحصة الموهوبة يجب ان تكون معلومة لأن هبة المجهول لا تصح وكذلك هبة الدين قبل القسمة لا تصح ٠

ويجب ان يكون الموهوب مفرزاً من مال الواهب فلا تصح هبة الأرض المزروعة ولا الاشجار المثمرة والزرع والثمر بها بدون الزرع والثمر لأنها من قبيل هبة المشاع ولأن الزرع والثمر من اجزاء الأرض والشجر ولا تصح هبة الشجر والثمر معاً الا اذا سلمامعاً اما اذا سلمت الأشجار اولاً والثمر ثانياً فلا تصح الهبة ٠ وكذلك هبة المستغلات الوقفية فانها لا تصح بدون الشجر المغروس بها ولا تصح هبة الاثمار والزرع والبناء بدون الارض والشجر اذا وهب الواهب ذلك واذن

الموهوب له بجمع الأثمار ورفع الحاصلات وهدم البناء لأن الهبة تكون وقعت على المحرز وتجوز هبة البناء القائم في الأرض الأميرية والموقوفة منفرداً لأنه بحكم المنقول واتصاله ضعيف في الأرض اذا وهب الواهب البناء على هذه الصورة يكلف الموهوب له برفع بناءه من الأرض اذ لا تكون الارض داخلة في هذه الهبة ٠

وتجوز هبة الشاغل كمن وهب اشياءه الموجودة في داره ويجوز تسليم الموهوب والشاغل معاً لأن المظروف يشغل الظرف اما الظرف فلا يشغل المظروف ويجوز تسليم الموهوب المظروف فقط واذا سلم تمت الهبة ولا تجوز هبة المشغول والمظروف لأنه في حكم المشاع واذا وهب اموالاً مختلفة صفقة واحدة وكان بعضها مشغولاً لا تصح الهبة وتصح هبة المشغول بطريق الأستثناء في ثلاثة احوال الأول هبة المشغول من طفل الواهب لأن الطفل لا يحتاج الى التسليم فتصح هبة الدار المشغولة بأمتعة الواهب من طفله لا من ابنه البالغ ٠ والثاني هبة الزوجة زوجها دارها المشغولة بسكناها وسكنى زوجها وامتعتها واذا توفي الموهوب له من الزوجين ينتقل الموهوب لورثته ٠ والثالث هبة المال المشغول بملك الغير كالدار المأجورة من الغير فتصح اذا سلمت بما فيها ٠ وكذا اعار داراً انساناً ثم ان المستعير غصب متاعاً ووضعه في الدار ثم وهب المعير الدار من المستعير صحت الهبة في الدار لأن الشاغل ملك غير الواهب ٠ وكذا تصح هبة الموهوب المشغول بملك الغاصب ولو كان الغاصب هو الواهب كمن غصب مالاً ووضعه في داره ثم وهب الدار فقط وسلمها مع المال المغصوب تصح هبته ٠

واذا وهب رجل ماله الي حفيده واعطاه سنداً يتضمن الهبة والتسليم ثم توفي وادعي ورثته بأن الهبة وقعت بدون التسليم فلا تسمع دعواهم ٠

واذا وهب الواهب داره المشغولة بأمتعته وسلم الأمتعة بطريق الأيداع ثم سلم الدار تصح الهبة وتكون تامة واذا وهب الدار والأمتعة وسلم الامتعة اولاً ثم الدار تصح الهبة واذا سلم الدار اولاً والامتعة ثانياً لا تصح ٠

واعلم بأن الهبة الفاسدة تفترق عن الهبة الصحيحة بثلاثة وجوه : الوجه الاول عدم اعتبار موانع الرجوع في الهبة الفاسدة واعتبارها في الهبة الصحيحة لان الهبة الفاسدة مضمونة ولذا فهي ممتنعة الرد من كل الوجوه ٠ والوجه الثاني هو ان الموهوب اذا تلف في يد الموهوب له في الهبة الفاسدة يضمن قيمته او مثله ولو وقع التلف بدون تعد او تقصير ٠ ولذا اذا سلم رجل لآخر

عشرة دنانير وقال له خذ هذه الدنانير منها ثلاثة لك هبة والسبعة سلمها الى فلان و بعد ان قبضها الموهوب له تلفت كلها يضمن ثلاثة دنانير منها لان الباقي امانة والثلاثة موهوبة هبة شائعة ٠

والوجه الثالث هو ان التخلية ليست بقبض في الهبة الفاسدة بالاتفاق ٠

الأشياء التي تدخل في الهبة بذكر و بغير ذكر صريح

كل ما دخل في البيع بدون ذكر يدخل في الهبة بدون ذكر بناءً عليه اذا وهب الواهب عرصة وسلمها تدخل الأشجار والابنية في هذه الهبة بدون ذكر اما الزرع فلا يدخل في هبة الأرض بدون ذكر ٠ وكذلك الاثمار والاوراق المتقومة فأنها لا تدخل في الهبة بدون ذكر ٠ وكذا لا يدخل علو الدار وسلاليمها في هبتها بدون ذكر ولو قال الواهب حين الهبة انه وهبها بجميع مرافقها لأنها بمنزلة متاع موضوع في البيت العلوي فلا تدخل في الهبة كما لا تدخل في البيع ٠

مادة ٨٥٩ [يشترط ان يكون الواهب عاقلاً بالغاً] حقيقة او حكماً ٠

لأن الأهلية الكاملة تشترط بالتصرف المضر فلا يصح التصرف بدونها وكذلك المجنون فلا تصح هبته سواء كان جنونه مطبقاً او غير مطبق ٠ اما العقل فهو كاف مع البلوغ سواء كان حقيقة او حكماً لأن العقل الحكمي وهو عقل السكران الذي شرب الخمر كاف لأهلية التصرف في الهبة ٠

[بناءً عليه لا تصح هبة الصغير والمجنون والمعتوه] ولو كانت بعوض تزيد قيمته عن قيمة المال الموهوب ولذا لا تلحق هذه الهبات اجازة لأن الأجازة تلحق العقود الموقوفة ولا تلحق العقود الباطلة الا اذا تجددت الهبة بعد البلوغ ولا فرق في الصغير بين ان يكون مميزاً او غير مميز ومأذوناً او غير مأذون لذلك اذا باع الصغير المميز ماله من آخر ووهبه الثمن —قبل القبض او بعد القبض— لا تصح هبته ٠ وكذلك الصدقة فلا تصح صدقة الصغير ولو كان مميزاً بأذن وليه او وصيه واذا تصدق يرجع بصدقته ٠ وكذلك الزوجة اذا ادعت البلوغ ووهبت مهرها لزوجها فأذا كانت جثتها تساعد على البلوغ تعتبر هبتها والا فلا ٠ وكذلك ولي الصغير

فليس له هبة مال الصغير بعوض و بدون العوض · وكذا اذا وهب وصي الصغير ما لوالد الصغير من الديون لمديون لا تصح هبته واذا كبر الصغير فله استرداد الدين الا اذا وهب ولي الصغير ووصيه ذمة المديون من ما تعلق بذمته من الديون الى الصغير بسبب عقودهما تصح الهبة عند الطرفين و يضمن الولي والوصي ما اوهباه ولا تصح الهبة عند ابي يوسف ·

[واما الهبة لهؤلاء فصحيحة] اى الهبة الى الصغير والمجنون صحيحة وتتم بقبض ولي الصغير ووصيه ومربيه لأن هذه التصرفات نافعة للصغير ولا يجوز للصغير ان يعطي عوضاً عن هذه الهبة ولا لوليه ذلك ولو كان العوض قليلاً واذا اعطى الى الواهب عوضاً يسترد منه ولا يمنع هذا العوض الواهب من الرجوع بهبته · ولا تصح الهبة للحمل وتكون باطلة من كل الوجوه وكذلك الصدقة اما الهبة الى الحي والميت او الى الانسان والحائط فتصح حصراً الى الانسان والحي ·

مادة ٨٦٠ [يلزم في الهبة رضاء الواهب فلا تصح الهبة التي وقعت بالجبر والاكراه] ولا الهبة التي وقعت بلغة لا يعرف الواهب معناها بناءً عليه اذا اجبر الرجل زوجته على هبة مهرها له بالجبر والاكراه والضرب والشتم والتعذيب او بمنعها من رؤية ابويها لا تصح · وكذا اذا اجبر الموهوب له الواهب على الهبة وتسليمها له بحضوره حين الاكراه لا تعتبر هبته مطلقاً اما اذا سلمها بدون حضور المجبر او بعد زوال الاكراه فتصح الهبة واذا تلف الموهوب الذي وهب بالاكراه فللواهب تضمين قيمته للموهوب له واذا اكره الواهب والموهوب له على الهبة والقبض ينظر فأذا قال الموهوب له انه قبضها ليعيدها للواهب يصدق بيمينه و يكون الموهوب امانة في يده واذا قال انه قبضها لنفسه او ليسلمها للمجبر فالمكره مخير ان شاء ضمن المجبر وان شاء ضمن الموهوب له · وكذلك اذا قبض الموهوب له الهبة بدون اجبار فالواهب مخير ان شاء ضمن من اجبره على الهبة وان شاء ضمن القابض · واذا وقعت الهبة بالاكراه تكون موقوفة على رضاء الواهب واجازته بعد زوال الاكراه فاذا اجازها تمت الهبة والا فلا لأن الاكراه يمنع النفاذ في الحال ولا فرق بين ان تكون اجازة الواهب قولاً او فعلاً كتسليم الهبة بعد زوال الاكراه او اخذ عوض عنها ·

يستفاد من حكم هذه المادة امران الأول منهما ان الهبة الواقعة بالاكراه لا تصح فأذا اكره الواهب على هبة ماله من شخص قد وهبها منه ومن شخص آخر فتعتبر الهبة بحصته حين وقعت له بالاكراه غير صحيحة وبحصة الآخر صحيحة ٠ وكذلك اذا اجبر الواهب على هبة مال فوهب غيره تكون هبته صحيحة فأذا اكره على هبة خمسين ريالاً مجيدياً فوهب تسع ليرات تصح هبته٠ والأمر الثاني اذا اجرى المكره عقداً غير العقد الذي اكره عليه يكون عقده هذا صحيحاً ومعتبراً كمن اجبر على الهبة فتصدق او اجبر على الصدقة فوهب ٠

وكذلك الحكم في من وهب بألفاظ تفيد الهبة بلسان لا يعرفه بأن قال الموهوب له للواهب قل لي « وهبت منك مالي عليك من الألف » فقال الواهب ذلك دون ان يكون واقفاً على اللغة العربية وعلى معنى هذه الالفاظ فلا تصح هبته لأن الهبة وقعت بدون رضاءه ٠

فائدتان : ١ لا يصح عقد ما بلفظ لا يعلمه العاقدعند بعض الفقهاء ويصح عند بعضهم وتصح العقود التي هزلها وجدها متساويان كالنكاح ولا تصح العقود التي هزلها وجدها ليس بمتساويين كالبيع ٠

٢ اذا اعطي السائل قرشان ظاناً من اعطى انه اعطى قرشاً واحداً ينظر فأذا قال له عند ما اعطاه ذلك خذ هذا القرش يسترد واذا قال له خذ هذا لا يسترد منه شيئاً عند بعض الفقهاء ويسترد منه ذلك مطلقاً عند الفقهاء الآخرين ٠

« الباب الثالث »

(في بيان احكام الهبة ويشتمل على فصلين)

﴿ الفصل الأول ﴾

(في بيان الرجوع عن الهبة)

اي في حق الرجوع عن الموهوب لأن الرجوع يكون بحق الاعيان لا بحق الأقوال و كذلك الحكم بالهدية اما الصدقة فأنها لا تقبل الرجوع و كذلك الهبة الى الفقير فلا تقبل الرجوع لأنها صدقة لا هبة الا ان الرجوع عن الهبة وان كان من الأمور الجائزة الا انه دنائة ولذا فقد قال بعض الفقهاء بأن الرجوع عن الهبة مكروه كراهة تحريم ٠

مادة ٨٦١ [يملك الموهوب له الموهوب بالقبض] ان كان واحداً واذا كان متعدداً فيملكها ايضاً مشتركاً انما يشترط ان يكون الموهوب له مفرزاً وغير مشغول بملك الواهب وان لا تكون الهبة بطريق المواضعة وان تكون مقبوضة قبضاً كاملاً اي لا تكون شائعة في مال قابل للقسمة وحيث كان القبض من شروط الهبة لذلك ٠

(١) الزوائد الحاصلة بالموهوب بعد العقد وقبل القبض هي للواهب خلافاً للبيع فأن الزيادة في المبيع قبل القبض للمشتري ٠

(٢) للواهب الرجوع في هبته قبل القبض ٠ وله منع الموهوب له ونهيه عن القبض واذا انهي الموهوب منع من القبض ٠

(٣) اذا توفي احد الطرفين قبل القبض تبطل الهبة ٠

(٤) يصح تصرف الواهب في الهبة قبل القبض دون الموهوب له حتى ان الواهب اذا وهب ماله لغائب وارسله مع رسول ليسلمه له فتصدق بهِ المرسل له على الرسول قبل ان يستلمه منه او امره بدفعه صدقة منه يضمن الرسول ٠

وكما يصح قبض الموهوب له يصح قبض نائبه فأذا وهب رجل ماله لآخر وقبل ان يقبض الموهوب له المال الموهوب وهبه او آجره من آخر وقبضه الموهوب له الثاني تجوز الهبة و يقوم قبضه مقام قبض الموهوب له الأول ولا تصح الهبة الثانية والأيجار ٠

و يملك الموهوب له الموهوب بطريق الهبة لا بطريق آخر بناءً عليه اذا وهب المديون مالاً لدائنه وسلمه اياه يملك الدائن المال بالهبة لا بمقابل دينه وعلى المدين اداء دينه على حدة ٠

ولا تكون الهبة لازمة وان ملك الموهوب له الموهوب بالقبض مما عدا الصور السبعة وللواهب الرجوع مع كراهة التحريم ٠

واذا وهب الواهب مالاً الى ابنه وابنته فيشتركان بالموهوب سويةً بينهما دون تفاضل عند ابي يوسف ٠

ولا تكون الهبة مستحقة السلامة فأذا وهب الواهب الموهوب وسلمه ثم استحق من الموهوب له و كان قد تلف فالمستحق بالخيار ان شاء ضمن الواهب وان شاء ضمن الموهوب له وايهما ضمن لا يرجع على الآخر الا اذا ضمن الواهب سلامة الموهوب الى الموهوب له فيرجع الموهوب له على الواهب بما ضمنه ٠

ويجب ان لا تكون الهبة بطريق المواضعة واذا وقعت مواضعة لا تعتبر بحق العاقدين واذا توفي الواهب بعد وقوعها تستردها ورثته من الموهوب له بعد اثبات المواضعة بالطرق القانونيه ٠

مادة ٨٦٢ [للواهب ان يرجع عن الهبة قبل القبض بدون رضاء الموهوب له]

سواء وجدت احدى موانع الرجوع ام لم توجد وسواء كان الموهوب له حاضراً في مجلس الهبة او غائباً وسواء كان مأذوناً بالقبض او غير مأذون بناءً عليه اذا وهب الواهب ماله الى ابنه الكبير ثم رجع في هبته قبل التسليم لا يجبر الواهب على تسليم الموهوب لعدم تمام الهبة و كما ان للواهب الرجوع بكل هبته فله الرجوع ببعضها ايضاً فلو وهب رجل آخر عشر ليرات ثم سلمه خمساً منها فليس للموهوب له اجبار الواهب على تسليم الباقي ٠ ولا فرق بين ان يرجع الواهب بهبته قولاً او فعلاً كتصرفه في الموهوب وهذا الحكم منحصر بهبة الأعيان دون الديون لأنها تتم بدون القبض لثبوتها في ذمة الموهوب له قبل القبض ولأنها لا تحتاج الى القبض ٠

مادة ٨٦٣ [نهي الواهب الموهوب له عن القبض بعد الأيجاب رجوع] ٠

لأن القبض في الهبة كالقبول في البيع فأذا انهى البائع المشتري عن القبول بعد الأيجاب يعتبر نهيه وكذلك الهبة تعتبر فيها النهي عن القبض بعد الأيجاب ولو كان الأيجاب اذناً بالقبض

لأن المانع والمقتضي اذا اجتمعا رجح المانع · وكذلك الواهب يرجع هبته بعد الأيجاب والاذن الصريح بالقبض لأنه برجوعه هذا لم يبطل حق الغير لأن الأيجاب والقبول لا يعتبران حكماً بدون القبض فرجوع الواهب وان كان يبطل حق تملك الموهوب له الا ان ملك الواهب الحقيقي هو اقوى من حق تملك الموهوب له راجع شرح المادة ١٨٤ ·

مادة ٨٦٤ [للواهب ان يرجع عن الهبة والهدية بعد القبض برضاء الموهوب له] ·

ولو كان الواهب قد اسقط حق رجوعه بالهبة لأن الهبة هنا تمليك لا اسقاط ودليل ذلك هو الحديث الشريف القائل « الواهب احق بهبته ما لم يثب عنها » اي ما لم يأخذ عوضاً عنها · والدليل العقلي ايضاً لأن جزاء الأحسان احسان والأسائة اسائة والعادة ان الأنسان يهدي الى من فوقه لينصره بجاهه والى من دونه ليخدمه والى من يساويه ليعوضه واذا تطرق الخلل فيما هو المقصود من العقد يتمكن العاقد من الفسخ كالمشتري اذا وجد عيباً في المبيع (عناية) وقد ورد في الحديث الشريف ايضاً (تهادوا تحابوا) وهذا يفيد العوض بين المتهادين ولا يقال بأن الهبة بنفي العوض لا يجوز الرجوع عنها لأن نفي العوض ربما كان لأيقاد نار هياج الموهوب له بأعطاء العوض ولأن نفي العوض هو بيان لعلة نوعية لأثبات نوع حكمي فلا يكون مطرداً ·

القيود يحترز بكلمة الواهب الواردة في هذه المادة من المتصدق لأنه ليس له الرجوع بصدقته ولا يحترز بها من المهدي لأنه ليس له الرجوع بهديته اما كلمة بعد القبض يحترز بها من قبل القبض لأن الرجوع عن الهبة قبل القبض مطلق كما مر ذكره في المادة السابقة · وكلمة برضاء الموهوب له وان كانت ليست بأحترازية لأن الموهوب له اذا تمنع من الرد يمكن للواهب مراجعة الحاكم ونقض الهبة الا انها احترازية بالنسبة الى كون الموهوب له ليس له ان يأخذ الموهوب غصباً ويقصد بكلمة الهبة الموهوب لأن الرجوع يكون عن الأعيان لا عن الاقوال ·

ويجوز للواهب ان يرجع بكل الهبة وببعضها فاذا وهب مالاً الى اخيه واجنبي وسلمهما يرجع بحصة الأجنبي دون حصة اخيه · وكذا اذا وهبه لأجنبيين له ان يرجع بحصة احدهما دون

الآخر . وكذا اذا وهب الواهب داراً مبنية في عرصة فأحترقت الدار فله الرجوع عن هبته بالعرصة فقط .

واذا قيل بأن الرجوع عن الهبة معصية — لأنه مكروه — فليس للحاكم ان يحكم بالرجوع لأنه ليس له تحليل المحرم وتحريم الحلال فنقول بأن المعصية في الرجوع بالنسبة لرجوع الواهب عن هبته لا بالنسبة لحق الرجوع اي ان المكروه هو الرجوع لا جوازه والحاكم لا يقول للواهب ارجع بهبتك بل يقول له لك حق الرجوع مع الكراهة ويكون الواهب قد ارتكب المكروه بطوع نفسه لا بحكم الحاكم واعانته .

ويجوز ان يرجع الواهب بهبته قولاً او فعلاً والرجوع القولي يجب ان يكون بألفاظ تفيد الرجوع فأذا لم يرجع الواهب بهبته بل وهب الموهوب او باعه من غير الموهوب او كان ثوباً فصبغه او اتلفه فلا يكون قد رجع بهبته بل يكون ضامناً .

ولا بد لصحة الرجوع ان يكون الرجوع حقيقياً كقول الواهب رجعت بهبتي ردها لي فردها الموهوب له او ان يكون الرجوع حكمياً كهبة الموهوب المال الموهوب له الى الواهب وتسليمه له فتكون هذه الهبة والتسليم بمثابة الرجوع عن الهبة رضاءً او بحكم الحاكم ويجب في الرجوع عن الهبة رضاءً ان لا يكون مانع من موانع الرجوع فأذا وهب الواهب ماله الى ابنه الكبير وسلمه اياه ثم رجع بهبته وطلب الموهوب من ابنه فأعاده له ينظر فأذا كان الموهوب له يعلم موانع الرجوع وسلم الموهوب صح الرجوع وكان بمثابة الهبة المستقله والا فلا . ولا يملك الواهب الموهوب بالرجوع الا بعد القبض لأنه اذا لم يقبضه بعد الرجوع يبقى ملكاً للموهوب له .

وللواهب حق الرجوع مطلقًا ولو اسقطه لأن هذا الحق لا يقبل الأسقاط وهو من فروع المادة ١٥٦٢ الا اذا تصالح الواهب والموهوب له على مال بدلاً من حق الرجوع يصح ويكون المال عوضاً عن الهبة .

[وان لم يرض الموهوب له راجع الواهب الحاكم] لأن للطرفين حق الولاية على نفسهما وللحاكم الولاية العامة [وللحاكم فسخ الهبة ان لم يكن ثمة مانع من موانع الرجوع التي ستذكر في المواد الآتية وأن كان مانع من موانع الرجوع فلا يفسخ]

الا اذا كانت الهبة فاسدة فأنها تفسخ ولو وجدت احدى موانع الرجوع لأن الهبة الفاسدة

مضمونة بعد الهلاك فحق الرجوع بها قبل الهلاك محتم . واذا رد الحاكم الدعوى لوجود مانع الرجوع ثم زال هذا المانع عاد حق الرجوع اما موانع الرجوع فمنها الزوجية والقرابة وهلاك العين وموت احد العاقدين وهذه لا تزول . ومنها العوض والخروج عن الملك والزيادة المتصلة وهذه تزول . فالعوض اذا زال وضبط بالاستحقاق عاد الواهب بهبته . وكذلك الزيادة المتصلة فأذا انشأ الموهوب له عمارة في العرصة الموهوبة ومنع الواهب من الرجوع بهبته بسبب هذه الزيادة ثم زالت عاد حق الرجوع وهذا من باب زوال المانع كما اذا تزوجت المرأة وسقط حقها في الحضانة ثم بانت عاد حقها لزوال المانع ولا يقال بأن حق الرجوع قد سقط والساقط لا يعود لأن حق الرجوع لم يسقط بحدوث الزيادة بل ان الزيادة قد منعت الرجوع فيعود بزوالها وللواهب حق الرجوع بهبته والموهوب له يبقى مالكاً للمال الموهوب الى ان يتم الرجوع فأذا طلب الواهب اعادة الموهوب برجوعه عن الهبة وتمنع الموهوب له من اعادته ثم تلف الموهوب في يد الموهوب له او اتلفه فلا ضمان عليه لأن ملك الموهوب له باق في الهبة الى حين تسليمها الى الواهب بحق الرجوع . واذا استرد الواهب الموهوب من الموهوب له بدون اذنه ورضاه كان غاصباً .

واعلم بأن رجوع الواهب بهبته بحكم الحاكم فسخ لا هبة مبتدأة فلا يكون الواهب بهبته قد استوهب الموهوب من الموهوب له اما رجوعه بهبته برضاء الموهوب له الواهب ففيه روايتان والظاهر انه فسخ يستدل على ذلك :

اولاً : يجوز للواهب ان يرجع بحصة شائعة في المال الموهوب الذي لا يقبل القسمة فلو كانت الهبة عقداً جديداً لما جاز هذا الرجوع .

ثانياً : لا يتوقف الرجوع على القبض لأن القبض انما يعتبر فى انتقال الملك لا في عود ملك قديم فلو كان عقداً مبتدءاً لاحتاج الى القبض .

ثالثاً : اذا وهب الموهوب له الموهوب من غير الواهب ورجع بهبته يرجع الواهب الأول بهبته فلو كان الرجوع عقداً جديداً لما جاز الرجوع للواهب الأول ولا يعتبر الفسخ في المستقبل اي من بعد حكم الحاكم لا من وقت الهبة فيخرج الموهوب من ملك الموهوب له من تاريخ الحكم لا من قبل الحكم اي لا يكون الحكم فسخاً لما سبق بل لما يأتي يتفرع عن ذلك اولاً : اذا رجع الواهب بهبته يملك الموهوب لا زوائده الحاصلة قبل الرجوع و بعد الهبة لأن الزوائد

كالجنين وما شابه ذلك هي ملك الموهوب له . ثانياً اذا رجع الواهب بهبته لا يملك العقار الذي بيع قبل الرجوع بالشفعة . ثالثاً لا يحتاج هذا الرجوع الى القبض فلو كان هبة مبتدأة لوجب قبضه . رابعاً للواهب ان يرجع بحصة شائعة من الموهوب . خامساً اذا رجع الواهب بهبته رضاً او قضاءً ثم ظهر في الموهوب عيباً قديماً حصل في يد البائع قبل تسليم المبيع الموهوب الى المشتري الواهب فللواهب رده بالعيب فلو كان الفسخ هبة مبتدأة لمنع الواهب من رده لأن تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الملك . وهذا بخلاف الرد بالعيب اي لو اشترى شيئاً ثم باعه ثم رد المشتري الثاني المبيع على الأول بعيب قديم فأن رده بقضاء كان فسخاً يثبت حق الرد للمشتري الأول على بائعه وان كان برضاه لا لأنه بمنزلة البيع الجديد . سادساً اذا وهب الواهب هبة ثم وهبها الموهوب له ورجع بهبته رجع الوهب الأول بهبته ايضاً سواء كان رجوع الواهب الثاني قضاء او رضاً . ويعتبر الرجوع بالهبة هبة جديدة في المسألة الآتية في بعض الروايات وهي الواهب اذا وهب ماله بصحته ثم رجع بالهبة حال مرض الموهوب له ينظر فأذا وقع الرجوع رضاً يعتبر هبة جديدة فلا يخرج الا من ثلث المال واذا كان الموهوب له مديناً وتركته مستغرقة بالدين لا يعتبر رجوعه الا اذا وقع هذا الرجوع قضاءً فيكون فسخاً بالاتفاق وفي بعض الروايات يعتبر الرجوع في الهبة فسخاً في كل الأحوال سواء كان بحال الصحة او بحال المرض او رضاً او قضاءً انتهى .

مادة ٨٦٥ لا يصح الرجوع في الهبة بدون الرضاء او القضاء بناءً عليه [لو استرد الوهب الموهوب بعد القبض بدون حكم الحاكم وقضاء . و بدون رضى الموهوب له يكون غاصباً] اذ ليس للواهب الرجوع في الهبة بعد القبض منفرداً وللموهوب له استرداد الموهوب من الواهب عيناً وللواهب بعد ذلك مراجعة المحاكم والرجوع بهبته واسترداد الموهوب .

[و بهذه الصورة لو تلف او ضاع في يده] او اتلفه الواهب [يكون ضامناً] مثله ان كان مثلياً او قيمته ان كان قيمياً . وكذا اذا اودع الموهوب له الموهوب عند الواهب واستهلكه الواهب كان ضامناً . اما الأب فأن له صرف ما وهب لطفله على احتياجاته الضرورية ولا يقال لهذا الصرف رجوع بل ان الأب يمكنه ان يصرف على نفسه من مال طفله وقد صرف .

مادة ٨٦٦ [من وهب لأصوله وفروعه أو لأخيه وأخته أو لأولادهما أو لعمه وعمته شيئاً فليس له الرجوع] .

ولو كان الذي قبل الهبة اجنبياً بالوكالة عن الاقارب . ودليل ذلك اولاً الحديث الشريف اذ ورد فيه (اذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها) ثانياً ان المقصود من هذه الهبات صلة الرحم وقد حصلت بالهبة فتكون لازمة لأن الرجوع عنها قطع الرحم وهذا مناف لموضوعها .

ولا فرق فيما بين ان يكون الواهب والموهوب له من دين واحد او من اديان مختلفة لأن القرابة بينهما تكفي لعدم الرجوع . الا ان هذه الدرجات من القرابة شرط لعدم الرجوع فكما ان القرابة التي هي دون هذه الدرجات لا تكون مانعة للرجوع بالهبة فأن القرابة بسبب الرضاع لا تمنع الرجوع . وهذا محله في الهبة الصحيحة اما الهبة الفاسدة فللواهب الرجوع ولو كانت للأصول والفروع لانها مستحقة الفسخ في الأصل . اما الموانع فهي ليست القرابة فقط بل ان هنالك اسباباً اخرى تمنع الرجوع في الهبة جمعت بكلمتي (دمع خزقه) فالدال اشارة للزيادة والميم لموت الواهب او الموهوب له والعين للعوض والخاء للخروج من الملك والزاي للزوجية والقاف للقرابة والهاء للهلاك اي لهلاك الموهوب . وقد جمعت هذه الموانع بهذين البيتين .

منع الرجوح من المواهب سبعة   فزيادة موصولة موت عوض
وخروجها عن ملك موهوب له   زوجية قرب هلاك قد عرض

مادة ٨٦٧ [لو وهب كل من الزوج والزوجة صاحبه شيئاً حال كون الزوجية قائمة بينهما فبعد التسليم ليس له الرجوع] .

سواء كان من دين واحد او من اديان مختلفة لأن القصد من هذه الهبة الصلة والصلة موجودة فيها فتمنع الرجوع . ويشترط قيام الزوجية مع الزوجين حين الهبة لا حين الرجوع فلو وهبها وهي زوجته يمنع من الرجوع بعد الطلاق . وكذا اذا وهبها وهو اجنبي عنها ثم تزوجها يرجع بهبته . وكذا اذا خطب امرأة وقبل العقد اهداها مالاً وهي اهدته عوضاً

بمقابله ثم ادعى العارية وحلف اليمين واسترد ماله تسترد الزوجة مالها ايضاً لأنه متى ثبت ان ما أعطاه لها عارية ثبت كونها لم تعطه عوضاً عن هبته واذا استهلك احد الزوجين مثل هذه الأشياء كان ضامناً لان العارية المتلفة تستوجب الضمان . أما الوصية فأنه يعتبر بها زمان الوفاة لا زمان الوصية فأذا أوصى لزوجته ثم أبانها ومات مصراً على وصيته صحت واذا أوصى لأجنبية ثم تزوجها ومات مصراً على الوصية لاتصح الوصية .

أما الهبة الواقعة ألى أقرباء الزوجين فأنها لاتمنع الرجوع مطلقاً وقد أشير ألى ذلك في هذه المادة بقوله (كل من الزوج والزوجة) .

المادة ٨٦٨ [أذا أعطي للهبة عوض فقبضه الواهب فهو مانع للرجوع] . سواء اشترط هذا العوض حين الهبة أو أعطي بعد الهبة بدون شرط لأن التعويض المتأخر عن الهبة هبة مبتدأة بلا خلاف يصح بما تصح به الهبة و يبطل بما تبطل به الهبة لايخالفها الا في اسقاط حق الرجوع فأما فيما وراء ذلك فهو في حكم هبة مبتدأة . الا اذا لم يسلم العوض للواهب وقد قال الرسول عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته مالم يثب منها . وكذا الواهب يرجع بهبته لأزالة الخلل الذي وقع في الهبة أما وقداخذعوضاًعنها فقدصار مستوفياً حقه كالمشتري فأنه يمتنع عليه رد المبيع اذا زال العيب القديم .

و يشترط اعطاء العوض بمقابل جميع الموهوب فأذا أعطي بمقابل حصة شائعة منه فللواهب الرجوع بهبة الحصة التي لاعوض بمقابلها لأن الأمتناع عن الرجوع يقدر بمقداره ولا يمنع هذا الرجوع في الهبة بسبب الشيوع لأنه طارئ لا مقارن و يجب أن يكون العوض من غير المال كما سيأتي تفصيل ذلك ولا فرق في الرجوع بين أن يكون العوض عوضاً خالصاً أو هدية أو صدقة أو عمرى فأن ذلك كله يمنع الرجوع لأن قصد الواهب هو العوض والأسم لايؤثر على هذا العقد .

ويشترط لأن يكون العوض مانعاً للرجوع بالهبة شروط :

الشرط الأول : أن يقع العوض بلفظ العوض أو بما يفيده .

الشرط الثاني : أن يكون العوض غير الموهوب فاذا كان جزءً من الموهوب يكون بمثابة فسخ الهبة بهذا الجزء . لأن للواهب الرجوع في كل الموهوب فأخذه بعضه لايمنعه من الرجوع بالباقي

ولا يقوم هذا الجزء مقام العوض المقصود منه منع الرجوع . أما الامام زفر فقد قال بجواز أخذ بعض الموهوب عوضاً لأن بعض الموهوب قد التحق بأموال الموهوب له السائرة وهذا لاشك يقوم مقام العوض .

يستثنى من هذا الشرط مسئلتان الأولى منهما الموهوب اذا تغير تغيراً يمنع الرجوع يصح اعطاء بعضه عوضاً عنه فلو أخذ الموهوب له الموهوب الذي هو عشرة امداد حنطة وطحن مداً منها وأعطاه عوضاً صح وكذلك اذا استوهب ثوبين فضيع أحدهما وأعطاه للواهب عوضاً صح . والثانية منهما اذا تعدد عقد الهبة فللموهوب له أن يعطي ما وهب له بعقدٍ عوضاً عن الهبة بعقدٍ آخر فلو استوهب دابةً بعقدٍ ودابةً بعقد آخر فله اعطاء الواحدة منهما عوضاً عن الأخرى لأن اختلاف العقد كاختلاف العين . وكذا اذا استوهب فرساً فولدت عنده فأعطى ولدها للواهب عنها صح العوض لأنه ليس للواهب حق الرجوع في الولد فصح العوض .

الشرط الثالث : سلامة العوض للواهب فأذا ضبط العوض من الواهب بالاستحقاق يرجع الواهب بهبته اذا لم يوجد موانع اخرى واذا ضبط بعض العوض من الواهب فله رد الباقي والرجوع بالهبة اذا لم يوجد موانع اخرى واذا لم يرد العوض الباقي لايجوز له الرجوع في الهبة لأن العوض صالح لأن يكون عوضاً ابتداءً والبقاء اسهل من الابتداء .

واذا ضبط بعض العوض بالاستحقاق وتلف الموهوب أو حصل فيه مايمنع الرجوع كالزيادة فاذا كان لم يشترط العوض أثناء عقد الهبة لا ضمان على الموهوب له لأن الموهوب اذا تلف صار الرجوع مستحيلا فكان وجود العوض وعدم وجوده مساوياً واذا اشترط العوض أثناء عقد الهبة كان للواهب حق التضمين . وكذا سلامة الموهوب شرط لبقاء العوض بناءً عليه اذا ضبط الموهوب كله بالاستحقاق بعد اعطاء العوض يرجع الموهوب له بكل العوض واذا ضبط نصف الموهوب يرجع الموهوب له بنصف العوض لأن المال لم يسلم الى الموهوب له بالنسبة الى نصف العوض وبهذا الحال لايجوز للموهوب له اعادة الباقي من الموهوب واسترداد باقي العوض . وكذا اذا ضبط الموهوب بالاستحقاق وتلف العوض أو حصل فيه زيادة فلا ضمان على الواهب عند ابي يوسف وعلى رواية عن الامام الاعظم ولا فرق بين العوض وأصل الموهوب بالنسبة ألى هذه الرواية . واذا كان العوض مشروطاً حين عقد الهبة وضبط بالاستحقاق فللواهب استرداد الموهوب عيناً ان وجد وان كان قد تلف أو اتلف من الموهوب له ضمنه الواهب بدله . واذا

ضبط نصف العوض يسترد الواهب نصف الموهوب لأنه متى اشترط العوض كان العقد مبادلةً فيوزع البدل على المبدل ٠ وكذلك اذا ضبط الموهوب بالاستحقاق بعد التقابض بالهبة بشرط العوض فللموهوب له استرداد العوض عيناً ان كان موجوداً وتضمين بدله ان كان قد تلف أو أتلف ٠ وقد اختلف الفقهاء في هذه الأحكام فمنهم من حصر مسئلة الاستحقاق في الموهوب الغير القابل القسمة وقالوا ببطلان الهبة اذا وقعت بحق المال القابل للقسمه اذا ضبط بعض الموهوب أو العوض بالاستحقاق وبالرجوع بكل الموهوب وبكل العوض الا أن هذا الباب ينحصر بالشيوع المقارن الوارد ذكره في المادة ٨٥٨ من المجلة الا أن الشيوع المذكور حيث كان طارءاً فلا تختلف أحكام التضمين فيما هو قابل للقسمة أو غير قابل لها ٠

واعلم بان الواهب والموهوب له اذا اختلفا بشرط العوض فالقول قول الموهوب له ويحلف بان الواهب لم يشترط العوض واذا حلف استرد الموهوب ان وجد واذا تلف لايرجع بشيء راجع المادة ٨٧١ ٠ وكذا اذا أراد الواهب الرجوع وادعى الموهوب له اعطاء العوض فالقول قول الواهب ٠ واذا اجتمعت بينة الهبة بشرط العوض وبنية الهبة مجاناً ترجح بينة الهبة بشرط العوض ٠ واذا اتفق الطرفان على الهبة بشرط العوض واختلفا بمقدار العوض فاذا كان الموهوب موجوداً والعوض غير موجود فالواهب مخير ان شاء صدق الموهوب له وقبض العوض الذي عينه وان شاء رجع عن هبته واسترد العوض واذا كان الموهوب قد تلف ضمنه قيمته ٠

[فلو أعطي للواهب شيئاً على أن يكون عوضاً لهبته وقبضه فليس له الرجوع ان كان من جانب الموهوب له أو من الغير] لأن العوض متى سلم للواهب امتنع عليه الرجوع وليس للأجنبي الرجوع بعوضه لأنه تبرع من طرف الموهوب له لأسقاط الحق وليس له أيضاً طلب بدل العوض من الموهوب له سواء كان أعطى العوض بأذن الموهوب له وأمره أو بدون اذنه وأمره ٠ فعدم رجوعه مع عدم الأمر والأذن ظاهر وأما عدم رجوعه عليه مع وجود الامر والاذن فيحتاج الى تفصيل والقاعدة في ذلك هي ان مايطالب بالحبس والملازمة كالدين ونفقة الزوجة والأولاد اذا وقع بأمر المطالب يثبت الرجوع ولو لم يشترط الآمر الضمان وما لايطلب بالحبس والملازمة اذا وقع بالامر لايثبت الرجوع الا اذا اشترط الآمر الضمان على نفسه خرج بذلك الامر بالتكفير عنه وأداء النذر فأنه وان كان يطالب بهما لكنه لا بالحبس والملازمة ٠ يتفرع

عن هذا الأصل قاعدتان . الاولى ان المديون اذا أمر آخر بأداء دينه فأداه يرجع عليه وان لم يشترط الضمان . والثانية اذا أمر شخص آخر بأن يصرف على اهله وعياله فصرف يرجع على آمره .

نرجع الى صدد البحث فنقول ان الموهوب له حيث كان غير مطالب بالحبس والملازمة فأمره بدفع التعويض لايخول المأمور الرجوع عليه ويصرف امره الى التبرع الا اذا اشترط الضمان يستثنى من ذلك اذا قال الآمر للمأمور عمر داري فعمرها يرجع عليه لجريان العادة بذلك .

المادة ٨٦٩ حصول الزيادة المتصلة في الموهوب يمنع الرجوع اذا كانت موجبة لزيادة قيمته لأن الرجوع يكون في الموهوب لافي الزيادة وقد تعذر فصل الزيادة عن الموهوب فصار الرجوع ممتنعاً لاجتماع المانع والمقتضى أما اذا كانت الزيادة لاتوجب زيادة في قيمة الموهوب أو كانت الزيادة حاصلة من ترقي الاسعار فيرجع الواهب بهبته .

واذا قيل بأن الرجوع بالأصل والزيادة مبطل لحق الموهوب له وعدم الرجوع مبطل لحق الواهب ولا سبب لترجيح أحدهما على الآخر نقول ان حق الواهب هو التملك في الاصل وحق الموهوب له هو حقيقة ملك الموهوب في الأصل والزيادة وعند تعذر الفصل كان الأولى رعاية حقيقة الملك في الأصل والزيادة ولا يجب الضمان على الموهوب له لعدم جواز اخذ العوض بمقابل حق التملك ولذا وجب بطلان حق الواهب يتفرع عن ذلك المسائل الآتية :

أولاً [إذا حصل في الموهوب زيادة متصلة كأن كان ارضاً وأحدث الموهوب عليها بناءً أو غرس فيها شجراً أو وضع بها ناعورةً أو كان حيواناً ضعيفاً فسمن عند الموهوب له] او كان ورقاً فكتب عليه او كان حيواناً صغيراً فكبر او كان لباساً فصبغه [أو غير الموهوب على وجه تبدل به اسمه كأن كان حنطةً فطحنت وجعلت دقيقاً فلا يصح الرجوع عن الهبة حينئذ] . الا اذا كان الموهوب أرضاً واسعةً فأنشأ الموهوب له في قسم منها غرفة صغيرة فللواهب الرجوع بباقي القطعة .

ثانياً اذا كان الموهوب حماماً فجعله الموهوب له داراً فأذا كان بناؤه باقياً على حاله لايمنع الواهب من الرجوع أما اذا طينه وكاسه واحدث فيه باباً ونافذة فلا يرجع الواهب في هبته ·

ثالثاً اذا نقل الموهوب له الموهوب من مكان الى آخر فازدادت قيمته منع الرجوع عند الأمام الأعظم خلافاً لأبي يوسف لان الزيادة لم تحصل بالعين وهي من قبيل ترقي السعر ·

رابعاً مسح المرآة من الغبار وتكسير الأحطاب لايمنع الرجوع ·

خامساً ما أنقص قيمة الموهوب لايمنع الرجوع كظهور عضوٍ زائد في الحيوان الموهوب وتفصيل الثوب وكذا ترقي الأسعار الغير الناتج عن نقل الموهوب أو زيادة فأنه لايمنع الرجوع ·

واذا اختلف الواهب والموهوب له بحصول الزيادة المتصلة كالسمن وعدم حصولها فالقول قول الواهب لأنه منكر للزوم العقد وهذا حكم عام في الزيادة المتصلة مما عدا البناء والخياطة والصبغ وما شابهها فان القول في ذلك للموهوب له الا اذا كانت المدة التي مضت على الموهوب له قليلة لايمكنه بخلالها احداث هذه الزيادة ·

سادساً النقصان في الموهوب لايمنع الرجوع سواءً حصل ذلك بفعل الموهوب له أو بسبب آخر ولا يضمن الموهوب له هذا النقص فاذا كان الموهوب شاةً فذبحها الموهوب له يرجع الواهب بهبته الا اذا ظبخها الموهوب له فأن ذلك يمنع الرجوع · وكذا اذا كان الموهوب خبزاً اوحنطة فبله الموهوب له يرجع الواهب بهبته ·

سابعاً اذا كان الموهوب كرياساً فقصره الموهوب له منع رجوع الواهب أما الغسل فلا يمنع الرجوع ·

ثامناً اذا كان الموهوب سيفاً فجعله الموهوب له موسى أو كان قدوماً فجعله فأساً أو كان شجرة فقطعها الموهوب له أو كان رملاً فجعله طيناً أو قرهميداً منع الواهب من الرجوع ·

تاسعاً اذا كان الموهوب حيواناً فحمل في يد الموهوب له ·

عاشراً اذا كان الموهوب دابةً حاملا فللواهب الرجوع بهبته قبل وضع حملها اذا كانت المدة التي بقيت فيها بيد الموهوب له لم تزد قيمتها بالنسبة للحمل ·

[وأما الزيادة المنفصلة فلا تكون مانعة للرجوع] لأمكان ترك الزيادة في يد الموهوب له والرجوع بالأصل سواء كانت هذه الزيادة متولدة كالثمر والولد واللبن أو كانت

غلة الموهوب كالأجرة . فالزيادة المنفصلة تمنع الرد بالعين ولا تمنع الرجوع عن الهبة أما الزيادة المتصلة فتمنع الرجوع بالهبة ولا تمنع الرد بالعين .

[فلو حملت الفرس التي وهبها أحد لغيره فليس له الرجوع عن الهبة لكن له الرجوع بعد الولادة] فوراً على ما يظهر من الأطلاق اما الامام ابو يوسف فقد قال بلزوم الرجوع بعد انتهاء مدة الرضاع . [وبهذه الصورة يكون فلوها للموهوب له] اي ان حق الرجوع يعود بزوال مايمنع الرجوع سواء كان ذلك قبل المرافعة والحكم أو بعدها أمثلة ذلك :

أولاً : اذا وهب الواهب دابةً حاملاً فوضعت أو وهب دابةً فحملت عند الموهوب له ووضعت فالفلو للموهوب له وللواهب الرجوع .

ثانياً : اذا احدث الموهوب له فوق العرصة الموهوبة بناء وتهدم يرجع الواهب بهبته .

استثناء اذا وهب رضيعاً فكبر ثم شاخ وهرم وتناقصت قيمته فلا يرجع الواهب بهبته لأنه لم يهرم الا بعد مازادت قيمته والرقابة لاتمنع الرجوع .

ثالثاً : اذا وهب الواهب موهوباً فحصل فيه زيادة ثم أراد الواهب الرجوع وأقام الدعوى فردت دعواه للزيادة ثم زالت الزيادة رجع الواهب بهبته . وكذا الحكم بالارض الموهوبة التي احدث بها الموهوب له بناءً ثم زال بعد رد دعوى الرجوع . وهذا الحكم مخالف لطلب الرد بخيار الشرط اذا رد بحكم الحاكم مثلاً اذا كان المشتري مخيراً في المبيع لمدة معلومة وأقام دعوى الرد بسبب خيار الشرط في اثناء المدة وردت دعواه لحدوث عيب في المبيع ثم زال العيب لايرجع للمشتري حق الرد بخيار الشرط لأن حق الرجوع في الهبة لايبطل ولا يسقط بالاسقاط أما خيار الشرط فيسقط بالأسقاط .

المادة ٨٧٠ خروج الموهوب من ملك الموهوب له يمنع الرجوع بناءً عليه [اذا باع الموهوب له الموهوب أو أخرجه من ملكه بالهبة والتسليم فلا يبقى للواهب صلاحية الرجوع] ولو عاد الموهوب لملك الموهوب له بعد ذلك بسبب آخر يعني اذا خرج الموهوب من ملك الموهوب له ثم عاد للملكه ينظر فاذا عاد بسبب آخر لايرجع الواهب بهبته وقد ذكرت في

بعض كتب الفقه عبارة (اذا خرج من ملكه) وقصدوا بهذا التعبير ادخال انتقال الموهوب لوارث الموهوب له بالأرث ٠

يتفرع عن ذلك بعض مسائل وهي : اولاً أن لايطلب الواهب الاول الموهوب من الواهب الثاني اذا عاد الموهوب لملكه بسبب آخر لأن تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الملك ولا يطلبه من الموهوب له الثاني لانه لما وهبه وسلمه الى الموهوب له الاول سلطه على التصرف به فرجوعه هو نقض لما تم من جهته ٠

ثانياً : اذا وهب الموهوب له حصة شائعة من الموهوب يرجع الواهب الأول بالباقي لان المانع يقدر بقدره ولان للواهب الرجوع بحصة شائعة ولو لم يهب الموهوب له الأول شيئاً من الموهوب لأن من له حق استيفاء جميع ملكه له استيفاء البعض منه ٠

ثالثاً : اذا وهب الواهب مالاً وسلمه ثم استقرضه الواهب أو غير الواهب من الموهوب له فالقرض يمنع الرجوع ٠

رابعاً : اذا باع الموهوب له الموهوب ثم اشتراه بعد التسليم لايرجع الواهب بهبته ٠

خامساً : اذا وهب الموهوب له الموهوب لغير الواهب وسلمه ثم عاد الموهوب له بالأرث او بالوصية لايعود حق الرجوع للواهب ٠

سادساً : اذا وهب الموهوب له الموهوب لغير الواهب وسلمه ثم باع الموهوب له الثاني المال الموهوب أو وهبه اياه أو تصدق به عليه لايرجع الواهب الأول بهبته ٠

سابعاً : اذا باع الموهوب له الموهوب لآخر ورده المشتري بخيار العيب لايرجع الواهب بهبته٠ واذا عاد الموهوب لملك الموهوب له بسبب الفسخ كهبة الموهوب له الموهوب والرجوع بهبته رضاءً أو قضاءً يرجع الواهب الأول بهبته لان الرجوع فسخ بكل الأحوال ٠

المادة ٨٧١ [اذا استهلك الموهوب في يد الموهوب له فلا يبقى للرجوع محل]

وليس للواهب تضمين الموهوب له ماتلف او ما اتلف في يده سواء كان الهلاك حقيقياً كالتلف وذبح الغنم الموهوب أو كان حكمياً كتلف مناقع الموهوب كأن كان سيفاً فصنع منه موسى أو حنطةً فطحنت أو شجراً فقطع وصار حطباً أو كان نقوداً فخلط بمثله ٠

اذا أراد الواهب الرجوع بهبته فادعى الموهوب له تلف الموهوب فالقول قوله بلا يمين لأنه

منكر لوجوب الرد و يجبر بتلف مال نفسه فلا يكلف لليمين . واذا قال الواهب ان الموهوب هو هذا يحلف الموهوب له على ان الموهوب ليس هو . واذا أراد الواهب الرجوع بهبته فأدعى الموهوب له القرابة يحلف الواهب على ان الموهوب له ليس بقريبه ولا يقال بعدم توجه اليمين في هذه الدعوى لأنها دعوى نسب عند الامام ولأن المقصود في هذه الدعوى هو المسبب للنسب وهو المال لا ذات النسب . وكذا اذا أراد الواهب الرجوع بهبته فأدعى الموهوب له العوض أو ادعى كون العقد صدقة لا هبة فالقول قول الواهب لأنه هو المملك والعقد يستفاد منه لا من سواه.

مادة ٨٧٢ [وفاة كل من الواهب والموهوب له مانعة من الرجوع بناءً عليه ليس للواهب الرجوع عن الهبة أذا توفي الموهب له كذلك ليس للورثة أسترداد الموهوب أذا توفي الواهب] .

لأن فسخ الواهب خيار ووصف قائم به فيسقط بوفاته ولأن الشارع اجاز الرجوع للواهب دون الوارث لأنه ليس بواهب واذا توفي الموهوب له انتقل الموهوب لورثته والورثة اخذوا الموهوب بطريق الأرث لا بطريق الهبة وكما ان الموهوب له اذا اخرج الموهوب من ملكه سقط حق رجوع الواهب وكذلك خروج الموهوب من ملك الواهب بوفاته مانع من الرجوع .

مادة ٨٧٣ [أذا وهب الدائن الدين المديون منجزاً فليس له الرجوع انظر الى مادة ٥١ و٨٤٧] .

لأن هبة الدين الى المديون ابراء واسقاط والساقط لا يعود فأذا باع رجل عقاره لوالدته ثم وهبها الثمن قبل القبض وتوفي فليس للورثة مطالبة الموهوب لها بشيء .

واعلم ان كلمة مديون الوارد ذكرها في هذه المادة هي قيد احترازي يحترز بها من غير المديون لأن الدين لا يملك لغير المديون واذا وهب الدائن دينه لغير المديون وسلطه على قبضه يرجع الواهب بهبته لأن الهبة هنالك تمليك لا اسقاط .

ويجب ان تكون الهبة منجزة لا معلقة فأذا وقعت معلقة تبطل فأذا قال الواهب للموهوب له وهبتك مالي هذا اذا جاء الغد أو اذا اعطيتني نصف مالي عليك فقد وهبتك النصف الآخر تكون الهبة باطلة . اما الأبراء فهو وان كان من وجه اسقاطاً يرد بالرد ولا يتوقف على

القبول الا انه تمليك من وجه آخر والتعليق يكون بالأسقاط المحضة كالطلاق لا بالتمليكات وبالهبة التي هي من وجه اسقاط ومن وجه تمليك . وتجوز الهبة بالشرط التقييدي فأذا قال الدائن لمديونه انت بريء من نصف مالي عليك من الدين بشرط انك تعطني النصف الآخر .

مادة ٨٧٤ [لا يصح الرجوع عن الصدقة بعد القبض بوجه من الوجوه].

لأن المتصدق ينوي الثواب وهذا قد حصل والمراد من الثواب هو حصول الوعد به لا نفس الثواب فلا يقال كما قال المعتزلة بوجوب اعطاء الثواب من الله بمقابل عمل الخير .

وتقسم الصدقة الى ثلاثة انواع الأول الصدقة لفظاً ومعنىً كأعطاء الفقير الصدقة بلفظ الصدقة والنوع الثاني الصدقة معنىً كأعطاء الصدقة بلفظ الهبة والثالث الصدقة لفظاً كاعطائها الى الغني بلفظ الصدقة فلا يرجع المتصدق بجميع هذه الأحوال ويعتبر في الصدقة لفظها اذا اعطيت للغني لأنه قد يكون كثير العيال ويقصد الثواب من اعطائه الصدقة . واذا اجتمعت الهبة والصدقة في مال واحد يرجع في الهبة لا في الصدقة .

واذا قال الواهب بأنه اعطى هبة وقال الموهوب له انه اخذها صدقة فالقول قول الواهب . وكذلك التعويض وموانع الرجوع والقرابة والزيادة المتولدة جميعها يقبل فيها قول الواهب استحساناً .

ولا يضمن الوكيل بالصدقة اذا اعطاها لغير من امر بأعطائها له على القول الراجح لأن القصد من الصدقه الثواب وهذا قدحصل .

مادة ٨٧٥ [اذا اباح رجل لآخر شيئاً من مطعوماته فليس له التصرف فيه بوجه من لوازم التملك كالبيع والهبة] لأن ملك المبيح لا يزول الا بالأكل وللمبيح الرجوع بأباحته قبل الاكل [ولكن له الاكل والتناول من ذلك الشيء] اي له ان يأكل ويشرب من ذلك الشيء لأن كلمة تناول لا تطلق على الأخذ بوجه الهدية بل تطلق على الأكل والشرب .

[وبعد هذا ليس لصاحبه مطالبة قيمته مثلاً اذا اكل احد من بستان اخر بأباحته مقداراً من العنب فليس لصاحب البستان مطالبة قيمته بعد ذلك].

تقع الأباحة بالمال المجهول والمشاع انما يجب ان يكون المباح له عالماً بالأباحة فأذا قال المبيح ان ثمرة كرمي لمن اخذها فيجوز لكل من سمع ان يتناول من الثمرة واما من لم يسمع هذه الأباحة اذا اخذها وتناولها يضمن لأن الأباحة كالوكالة فليس لمن لم يبلغ الوكالة ان يجري عقداً عن الموكل .

« لاحقة »

١ — اذا ربط انسان دابته بالخان وقال ان زيل هذه الدابة مباح لمن اخذه فليس لصاحب الخان ان يدعي الأختصاص بذلك .

٢ — اذا قال رجل لآخر (ان ما تأكله من مالي هو حلال لك) فللمخاطب اكله الا اذا وجدت امارة نفاق بقول القائل .

وكذا اذا قال صاحب المال ان مالي حلال لمن اكله فلجميع الناس اكله .

٣ — اذا قال رجل لآخر اجعل كل مالك من الحقوق عندي حلال لي فأجاب بقوله هي حلال لك يكون قد برأ من ماله عليه سواء كان المخاطب عالماً بالحقوق او غير عالم لأن الجهالة لا تمنع صحة الأسقاط .

٤ — التحليل يقع بحق ما هو ثابت بالذمة لا بحق الأعيان لذلك اذا احل المغصوب من الغاصب بما غصبه منه لا يصح التحليل والمغصوب موجود بل يكون المغصوب امانةً في يد الغاصب .

مادة ٨٧٦ [الهدايا التي ترد في الختان والعرس تكون لمن ترد بأسمه من المختون والعروس والولد والوالدة] وللمهدى قبض الهدية اذا كان بالغاً والا فيقبضها وليه ووصيه .

[وأن لم يذكر أنها وردت لمن ولم يمكن السؤال والتحقيق عنها فعلى ذلك يراعي عرف البلدة وعادتها] .

وتكون الهدية لمن تصلح له فأذا كانت تصلح للصبيان وكان المختون صبياً اعطيت له واذا كانت الحفلة من اجل عرس تعطى الهدية لمن تصلح له من الزوجين . وكذلك الحكم بالهدايا التي ترد عند حضور المسافرين من سفرهم . لذلك فأن كلمتي الختان والعرس الواردتين في هذه المادة

ليستا بقيدين احترازيين ويعتبر العرف والعادة في مثل هذه الهدايا فأذا جرت العادة بأعطاء مثلها يعطي المهدى له مثلها والا فلا ·

***

﴿الفصل الثاني﴾

(في هبة المريض)

المريض المقصود في هذا الفصل هو المريض مرض الموت الوارد ذكره في المادة ١٥٩٥ ·

والمرض هو حالة تزيل اعتدال الطبيعة ·

ولما كانت تصرفات المريض تفترق عن تصرفات الصحيح ولها بعض احكام لا توجد في تصرفات الصحيح كان من الواجب ذكر هذه التصرفات بصورة خاصة ·

المرض هو عجز خالص وسبب الموت وامر يوجب تعلق حق الوارث والغريم بمال المريض لذلك قد اعتبر مرض الموت من اسباب الحجر اذا انتهى بالوفاة الا ان هذا الحجر هو بمقدار حفظ حقوق الوارث والدائن وهو بثلثي التركة بالنسبة للوارث وبمقدار الدين بالنسبة للدائن ولما كانت وفاة المريض من مرضه امراً مشكوكاً به كان تصرف المريض في مرض موته صحيحاً في الحال واذا مات من مرضه ينقض التصرف ويعتبر حق الوارث والدائن ·

مادة ٨٧٨ [اذا وهب من لا وارث له جميع امواله لأحد في مرض موته وسلمها فيصح بعد وفاته وليس لأمين بيت المال المداخلة في تركته]

لأن الهبة في مرض الموت وصية وعدم اعتبار وصية غير المديون بجميع ماله انما شرع لحفظ حق الورثة فأذا كان لا وارث للمريض صحت وصيته وليس لأمين بيت المال المداخلة لأن بيت المال مؤخر عن الموصي له بأكثر من الثلث ·

فمستحقوا التركة هم عشرة اصناف وبيت المال هو العاشر وبيت المال لم يكن استحقاقه لمال المتوفي بالارث بل بالفيء لأن بيت المال لو كان وارثاً لما صحت وصية من لا وارث له للفقير المعين لأنه يكون كالوارث ·ولا بد من تسليم الموهوب للموهوب له على ما جاء في هذه المادة لأن الواهب لو وهب ولم يسلم وتوفي لا يبقى حكم للهبة لأن الهبة في مرض الموت وان

كانت وصية والوصية لا تحتاج الى القبض الا انها في الحقيقة هبة لا وصية تحتاج الى القبض ·

مادة ٨٧٨ [اذا وهب وسلم كل من الزوج والزوجة جميع ماله لصاحبه في مرض موته ولم يكن له وارث سواه فيصح و بعد الوفاة ليس لأمين بيت المال المداخلة في تركته] ·

لأن الهبة في مرض الموت وصية والوصية بجميع المال تصح لمن لا وارث له لأن الورثة مما عدا الزوج والزوجة يستحقون التركة فرضاً ورداً فلا تصح الوصية لهم واذا كان لا يوجد احد منهم تعتبر هبة الواهب بجميع ماله لأن الزوجة والزوج يحتاجان الى الوصية لأحراز اموال بعضهما لأنهما يأخذان فرضاً لا رداً والباقي يأخذه بيت المال بطريق الفيء ·

مادة ٨٧٩ [اذا وهب احد في مرض موته شيئاً لأحد ورثته و بعد وفاته لم تجز الورثة الباقون فلا تصح تلك الهبة] ·

واذا اجازوها بعد وفاة الواهب صحت واذا اجازها بعضهم صحت الهبة في حصة من اجازها ويشترط لصحة الأجازة ان يكون المجيز الوارث عاقلاً و بالغاً وغير مريض فلا تعتبر أجازة الصغير والمجنون واذا اجازوها لا تعتبر اجازتهما ولوليهما ووصيهما الرجوع بها و يشترط وقوع الأجازة اذا وقعت قبل وفاة الواهب لأنهم لا يملكون الأرث الا بوفاة المورث فلا يملكون اسقاط مالا يملكونه اما عدم نفاذ هذه الهبات فهو ناشيء عن حق الورثة لا عن عدم اهلية الوارث بناءً عليه اذا وهب المريض في مرض موته مالاً لاحد ورثته وسلم الموهوب للموهوب له ثم شفي من مرضه واراد الرجوع بهبته بداعي وقوعها في مرض الموت فلا يعتبر رجوعه · فأذا وهبت الزوجة مهرها لزوجها حال مرضها ثم مات زوجها فلا ترجع على ورثته بشيءٍ من المهر ·

والوارث الوارد ذكره في هذه المادة هو الورث وقت الموت لا وقت الهبة فاذا وهب الواهب ماله لأخيه؛ وكان له اخ واخت وابن ومات ابنه ثم توفي الواهب ولم تجز الهبة الأخت او الأخ لا تنفذ و بالعكس اذا كان ليس للواهب الا اخ ووهبه مالاً ثم ولد له ولد وتوفي صحت هبته

وكذا اذا وهب المسلم ماله لأبنه الغير المسلم في مرض موته ثم اسلم الموهوب له ومات الواهب لا تصح الهبة ·

واذا اجاز الورثة الهبة صحت والا فلا لان الرسول (صلعم) قال (ان الله اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث) ولا فرق بين ان تقع الوصية بلفظ الوصية او الهبة او البيع فهي باطلة اذا وقعت للوارث لذلك اذا باع المريض في مرض الموت بعض امواله لوارثه لا ينفذ بيعه ولو كان البيع بقيمته الحقيقية لأن المورث ببيعه هذا اختار وارثاً دون آخر ·

وكذا اذا اقر المورث ببعض امواله لبعض ورثته يكون قد امتازه بمال بدون عوض وهذا وصية · وكذا شبه الوصية كمن باع ماله الجيد في مرض موته لوارثه بمقابل ماله الرديء فيكون قد اختص وارثه بشبه الوصية ·

ولا بد لعدم صحة الهبة وقوعها في مرض الموت لأن هبة المريض بغير مرض الموت صحيحة ولا بد ايضاً لعدم صحة الهبة من وفاة الواهب من مرضه الذي وقعت فيه الهبة فأذا توفي من غير هذا المرض صحت الهبة ونفذت وكذلك الهبة بحال الصحة نافذة ·

واذا وهب رجل ماله بحال صحته الى احد اولاده وسلمه له صحت هبته الا ان ترجيح احد الأولاد مكروه كراهة تحريم وقد روي ان رجلاً اراد ان يهب احد اولاده مالاً ويستشهد الرسول (صلعم) على هذه الهبة فأخذه لحضرة الرسول ولما ان جلسا وقص الواهب عليه قصته سأله الرسول هل لك غيره فأجابه نعم فقال له هل اعطيته كذا فأجابه كلا فقال له ان هذا جور ·

ومع هذا اذا كان الموهوب له صالحاً والآخر فاسقاً يجوز تخصيص الصالح دون الفاسق لأن الفاسق لا ينبغي ان يعطي اكثر من قوته كيلا يصير معيناً له في المعصية ولو كان ولده فاسقاً فأراد ان يصرف ماله الى وجوه الخير ويحرمه من الميراث فهذا خير من تركه ·

الأختلاف : اذا اختلف الموهوب له والورثة فقال الموهوب له ان الهبة وقعت في حال الصحة وقال الورثة انها وقعت في حال المرض فالبينة بينة مدعي الصحة واليمين يمين الورثة على قول ويمين الموهوب له على قول ·

وتنحصر هذه الأحكام بالأملاك والعقارات فلا تشمل الأراضي الأميرية والمسقفات والمستغلات الوقفية لأنها تفرغ بالبدل ومجاناً في حال الصحة وفي مرض الموت ولو كانت تركة الفارغ مستغرقة بالدين لذلك كما لا يمنع الفارغ حين الفراغ لا يسوغ لورثته فسخ

الفراغ الواقع . وكذا امين بيت المال ومدير التمليك ليس له ان يقرل لمن لا وارث قانوني له انت تريد بفراغك اضرار بيت المال وليس له ان يمتنع عن المعاملة الفراغية بداعي ان الاراضي ستبقى محلولة . وكذلك الحكم بالعقارات المتصرف بها بالأجارتين فللمتصرف فراغها لأي شاء الا اذا افرغها وتوفي عن غير وارث فيضبطها الوقف .

[واما لو وهب وسلم لغير الورثة فأن كان ثلث ماله مساعداً لتمام الموهوب تصح وان لم يكن مساعداً ولم تجز الورثة الهبة تصح في المقدار المساعد ويكون الموهوب له مجبوراً على رد الباقي] . اي على رد قيمة الباقي مثلاً لو كان الواهب لا يملك الا بقرة فوهبها من اجنبي ثم توفي ولم يجز ورثته الهبة لوقوعها في مرض الموت تصح الهبة في الثلث ويدفع الموهوب له ثلثي قيمة البقرة الموهوبة .

ويختص حكم هذه المادة في الهبة اذا لم تكن بشرط العوض فأذا وهب المريض ماله الى اجنبي على ان يعطيه عوضاً عنه تعادل قيمته ثلثي قيمة الموهوب او اكثر فتصح هبته ولو كان لا مال له سواه وان كانت قيمة العوض اقل من ثلثي قيمة الموهوب فللموهوب له الخيار ان شاء ابلغ العوض الى ثلثي القيمة وان شاء رد الهبة واسترد العوض . وكذلك الحكم في الهبة اذا وقعت من غير شرط العوض ثم اعطى الموهوب له الواهب عوضاً .

وكذا الشفعة فأذا وهب الواهب داره التي تساوي قيمتها ثلاثمائة ليرة بمقابل حيوان قيمته مائة ليرة فأدعى الشفيع وضبط الدار بعد ان دفع مائة ليرة ثمن العوض فتوفي الواهب ولم تجز ورثته الهبة فالشفيع بالخيار ان شاء رد ثلثي الدار وان شاء ردها كلها واسترد المبلغ . اما اذا اعطى العوض في الهبة ولم يكن مشروطاً حين الهبة فلا تجري الشفعة .

مادة ٨٨ [اذا وهب من استغرقت تركته بالديون امواله لوارثه او لغيره وسلمها ثم توفي فلأصحاب الديون الغاء الهبة وادخال امواله في قسمة الغرماء] .

والمال الموهوب مضمون على الموهوب له بقيمته فأذا باعه قبل موت الواهب لا يجوز للغرماء نقض البيع بل ضمنوه للموهوب له .

ويشترط لأحكام هذه المادة اولاً ان يقع العقد في مرض الموت فأذا وهب في حال

صحته ثم مرض ومات لا تنقض هبته · ثانياً ان يتوفى من مرضه · ثالثاً ان تقع الهبة في حق الأموال لافي حق الأراضي الأميرية والأملاك المتصرف فيها بالأجارتين · رابعاً لا فرق في الهبة بين ان تكون مبتدأة او رداً فأذا وهب رجل ماله في حال صحته ثم رد الموهوب له الموهوب حال مرضه تراعى برده هذا احكام هبة المريض و يعتبر هذا الرد كالهبة المبتدأة فيعاد الموهوب لتركة الموهوب له · خامساً القاء الهبة واشباهها امر منحصر بأرباب الديون والورثة فأذا اجازوها صحت ولا يجبرون على عدم الأجازة ·

في ٢٩ محرم سنة ١٢٨٩

***

« خاتمة »

(فيما يتعلق بالهبة من القانون المدني الأفرنسي والمدني والتركي)

عرف القانون المدني الأفريسي الهبة في المادة ٨٩٤ فقال : (الهبة نوع عقد يتضمن تبرع الواهب بماله للموهوب له حالياً دون ان يكون له الرجوع) يظهر من هذا التعريف ان الواهب ليس له الحق بالرجوع عن هبته وهـذا مخالف لقانوننا المدني لأنه اعتبر الهبة عقد غير لازم والقانون الأفرنسي اعتبرها عقداً لازماً ·

وقد اشترط هذا القانون للواهب العقل وان لا يكون ممنوعاً من اهلية التصرف واشترط ان يكون قد اكمل السادس عشرة من عمره ومنع الزوجة من هبة مالها اذا كان زوجها ليس بحاضر اوليس براض بالهبة انما اجاز لها الهبة بأذن الحاكم وهذه الأحكام تخالف المجلة لأن البلوغ يبدأ في الذكور من الثانية عشر من العمر وفي الأناث في التاسعة عشر ومتى ادعى المراهق والمراهقة البلوغ وكان ظاهر الحال لا يكذبهم يقبل عقدهم وهبتهم اذا كانوا غير محجورين في الأصل بحكم حاكم وقد اجازت انظمة الدوائر العقارية وقوانينها للدوائر ان تسمع البيع والفراغ والهبة ممن اكملوا الخامسة عشر من عمرهم اما النكاح فلا يدخل المرأة تحت الحجر عندنا ولا يجعل زوجها متصرفاً في مالها كالقوانين الأوربية ·

وقد اشترطت المادة ٩٠٦ من القانون الأفرنسي معلومية الموهوب له حين الهبة ووقت وفاة

الموصي واسقطت حكم الهبة والوصية اذا تولد الحمل ميتاً ولا يخفى ان القبض شرط في الهبة عندنا فلا تصح الهبة للحمل اذ لا ولاية لأحد عليه . ومنعت المادة ٩٠٧ الصغير من هبة ماله لوليه مالم يحاسبه ولو بلغ السادسة عشر من عمره وعندي ان نظام الأيتام اضمن من هذه المادة لحقوق الصغار لأنه منع في المادتين ٥٩ و ٦٠ الصغار من قبض مالهم من الديون والمطاليب بدوائر الأيتام الا اذا بلغوا الأحدى والعشرين من عمرهم واثبتوا رشدهم ومنع الأولياء والأوصياء من قبض اموال الصغار اذا زادت عن الألف وخمسائة قرش . كما وان الفقهاء الكرام لم يعتبروا اشغال ذمة الصغير اذا كان تحت الوصاية بدين من وليه او من وصيه وهذا اقرب ولا شك الى الحقيقة .

ومنعت المادة ٩٠٩ المريض في مرض موته من هبة المال والتبرع الى الأطباء والجراحين الذين داووه اثناء مرضه وعالجوه واستثنت من ذلك التبرعات التي تعطى لهم بمقابل المكافات بالنسبة الى خدماتهم .

ومنعت المادة ٩١٠ من القانون الأفرنسى التبرعات التي تقع الى المستشفيات وفقراء القرى والمؤسسات الخيرية اذا كانت غير مقترنة بأذن من رئيس الحكومة وهذا القيد لم يوضع الا لحسن ادارة المؤسسات العامة وجعلها تابعة لمراقبة الحكومة .

وقد بحثت المادة ٩١٣ وما يليها من مواد هذا القانون عن نصاب التبرع فأعطت المالك حق التبرع بنصف ماله هبة ووصية اذا كان له ولد واحد واعطته حق التبرع بثلث ماله فقط اذا كان له ولدين واعطته حق التبرع بالربع اذا كان له اكثر من ثلاثة اولاد وكذلك الحكم بالأحفاد وهذا التقييد لحق التصرف المشروع لا يوجد في الشرع الأسلامي لأن الأنسان حر يتصرف في ماله حال حياته كيفما شاء واراد لا يعارضه في ماله وملكه معارض ولا سلطة عليه وحق الوارث لا يتعلق بمال المورث الا بعد وفاته ولا شيء له في حياته .

وقد اوجبت المادة ٩٢٠ ارجاع التبرع الى نصابه عند تحقق الارث اذا كان زائداً عن ذلك وجعلت المادة ٩٢١ هذا الحق محصوراً بأصحاب السهام المقدرة وورثتهم واصحاب العلاقة دون الموهوب والموصى لهم واصحاب الديون وهذه نتيجة ما ورد في المادة ٩١٣ وما يليها من مواد القانون المذكور .

وتختلف احكام الهبة في القانون الأفرنسي عن مثلها في المجلة لأن الهبة في القانون الأفرنسي

كسائر العقود فلا تكون الا بسند منظم بمعرفة كتاب العدل والا تكون ملغاة (راجع المادة ٩٣١ من القانون المدني الأفرنسي) . ومن راجع احكام المجلة يرى ان الهبة كسائر العقود تنعقد خطاً او شفاهاً . وقد قيد قانون اصول المحاكمات الحقوقية اسباب الثبوت وجعل العرف والعادة والقانون حكماً بذلك على ان الهبة في غير المنقول لا تنعقد عندنا الا بسند خاقاني فصار من الواجب اعتبار الهبة في العقار اذا كانت بمعرفة الدوائر العقارية .

وقد منعت المادة ٩٣٤ الزوجة من قبول الهبة بدون رضاء زوجها او رخصة من المحكمة . وكذلك اوجبت المادة ٩٣٥ على الاولياء قبول الهبات التي تقع الى الصغار والمحجورين الجارين بولايتهم اما الصغير المأذون فله قبول الهبة بحضور وليه . اما الهبات التي تقع الى الأصم والأخرس فأنها تقبل من قبله خطاً اذا كان يحسن القرائة والكتابة او من قبل وليه . وكذلك الهبات التي تقع الى المستشفيات والمؤسسات العامة تقبل من مديريها بعد صدور الرخصة بقبولها من قبل الحكومة (راجع المادتين ٩٣٦ و٩٣٧) اما قانوننا المدني فأنه قبل اشارة الأخرس ولم ير لزوماً لصدور اذن الحكومة بحق الهبات الواقعة الى المستشفيات والمؤسسات العامة .

ومن دقق المادة ٩٣٨ يرى ان الهبة لا تحتاج الى قبض خلافاً للمجلة لأنها اعتبرتها عقد تبرع وغير ملزم للواهب وله الرجوع عنها في كل وقت شاء واراد . وقد اعتبرت المادة ٩٤٣ الهبة سارية على اموال الواهب الموجودة دون الأموال التي سيكسبها مستقبلاً وهذا يدل على تجويز هبة الحصة الشائعة خلافاً للمجلة لأن هبة المشاع لا تجوز عندنا لعدم امكان تسليمه وتجوز عندهم لعدم لزوم التسليم .

وتبطل الهبة اذا اشترط فيها ما يخالف احكام المادة ٩٤٣ المذكورة وكذلك الهبة المعلقة بالشرط الذي يعود ثبوته لرأي الواهب باطلة وملغاة .

ويجوز للواهب ان يترك حق التصرف والأنتفاع في المال الموهوب لنفسه او لغيره لمدة واذا انقضت تلك المدة وجب على الموهوب له ان يستلم المال الموهوب كما هو عليه . وللواهب ايضاً ان يقيد الهبة بالرجوع بوفاة الموهوب له ووارثه راجع المواد ٩٤٩—٩٥١ .

وقد جعل هذا القانون الهبة عقداً لازماً ومنع الرجوع بها الا بالاسباب المبينة في المادة ٩٥٣ وما يليها وقد ورد في هده المواد ان الهبة تفسخ اذا لم تجر الشروط المتفق عليها بين الطرفين او لجحود النعمة وتولد الأولاد الى الواهب وقد عرف هذا القانون جحود النعمة بقواه انها

ثبوت سوء القصد الى حياة الواهب او التجاوز عليه واذاءه وشتمه بالشتوم الغليظة او الأمتناع من الأنفاق عليه · ويجب على الواهب ان يرجع في هبته بسبب جحود النعمة بظرف سنة اعتباراً من يوم وقوع الجنحة او من يوم اطلاع الواهب على وقوعها · اما الهبات التي تقع بأسم النكاج فأنها لا تفسخ ابداً (راجع المادة ٩٥٩) ·

وتفسخ الهبات بوجود الوارث مطلقاً ولو بعد الهبة الا اذا كانت الهبة بعوض او بين الازوج (راجع المادة ٩٦٠) ·

وليس للواهب اسقاط حقه من فسخ الهبة اذا وجب فسخها بسبب حدوث ولد له لأن هذا الحق للولد ليس له ·· وسبب هذا هو عدم امكان التبرع ممن له اولاد الا بمقادير شائعة من المال كما ذكرنا ذلك مفصلاً اما قانوننا المدني فقد اعطى الواهب حق التصرف في ماله كيفما شاء واراد دون قيد ولا شرط ·

وقد عرف القانون المدني التركي الهبة في المادة ٢٣٤ بأنها (تصرف بين الا شخاص الذين هم في قيد الحياة يملك فيه احد آخر ماله بدون التعهد بعوض) وهذا التعريف منحصر بالهبة بدون العوض وبدون شرط العوض الا ان القانون التركي لم يبحث عن الهبة بالعوض وقد اعتبرها بيع لا هبة · وقد اجاز هذا القانون ابطال الهبة بحكم حاكم الصلح اذا ثبت اسراف الواهب بظرف سنة اعتباراً من تاريخ الهبة ·

وقد اجازت المادة ٢٣٦ من هذا القانون لكل الناس ان يقبلوا الهبة حتى الممنوعين من استعمال الحقوق المدنية اذا كانوا مالكين لقدرة التمييز الا اذا منعهم ممثل القانون من قبول الهبة او امرهم بردها بعد قبولها فتعتبر كأن لم تكن وترد ·

وقد قسمت المادة ٢٣٧ من هذا القانون الهبة الى قسمين الأول هبة المنقول فأنها تحصل بالتسليم والثاني هبة غير المنقول فأنها تتم بقيده بسجل التمليك وهذا التسجيل يقع بناءً على تعهد هبةٍ معتبر · اما تعهد الهبة فلا يعتبر الا اذا كان خطياً · وللواهب الرجوع في هبته قبل قبول الموهوب له على ما جاء في المادة ٢٣٩ وعندى ان هذه المادة لو استعملت كلمة تمام الهبة بدلاً من الرجوع لكان اولى لأن الرجوع يكون بعد تمام العقد والعقد لا يفيد الحكم ولا يكون عقداً قانونياً قبل القبول ·

وقد اجازت المادة ٢٤٠ الهبة المعلقة بالشرط او بالتكليف بأمر آخر وهذا يوافق ما ورد

في المجلة من الأحكام لأن عقود التبرع جميعها تقع مقيدة بالشرط الملائم • وللواهب اشتراط رجوع الموهوب الى ملكه اذا اشترط الرجوع بوفاة الموهوب له قبله ويعتبر هذا الشرط في الأموال غير المنقولة بتسجيلها لدى الدوائر العقارية •

وللواهب الرجوع في هبته اذا ارتكب الموهوب له جرماً شديداً بحق الواهب او بحق اقرب الناس له او اذا لم يراع الموهوب له الشروط والمكلفيات التي اخذ على نفسه القيام بها •

وليس للواهب ان يدعي الرجوع في هبته الا بظرف سنة من تاريخ حدوث ما يوجب الرجوع فأذا مضت هذه المدة ولم يطلب الرجوع في هبته يسقط حقه منها ولورثة الواهب حق الدعوى اذا مات الواهب بظرف سنة • وكذلك اذا قتل الموهوب له الواهب بدون حق و بالتصور والتصميم او منعه من استعمال حق رجوعه فللورثة ايضاً طلب الرجوع •

يتضح من هذا ان الهبة تختلف بين هذه القوانين من حيث التعريف والانعقاد والحكم والرجوع وطلب الفسخ وهذه الأختلافات نشأت عن سبب الأختلاف في التشريع كما يظهر للمراجع في اول وهلة من مراجعة هذه القوانين وعندي ان تجويز هبة المشاع بعد وجود حق الشفعة في زماننا وعدم وجود التفاوت بين الجيران ووضع الرسوم الثقيلة على الفراغ والبيع صار من الأمور الضرورية في بلادنا اما باقي اسباب الرجوع كالشتم وجحود النعمة والقتل وما شابه ذلك فلا علاقة له في الهبة اصلاً لأن الهبة عقد وهذه الأفعال جرائم قانونية ولا ارتباط بينها •

انتهى كتاب الهبة



الـكـتـاب الثامن

« فى الغصب والأتلاف ويشتمل على مقدمة وبابين »

المقدمة

(في بيان الأصطلاحات الفقهية المتعلقة بالغصب والأتلاف)

المادة ٨٨١ [الغصب هو أخذ مال أحد وضبطه بدون اذنه ويقال للآخذ غاصب وللمال المضبوط مأخوذ ولصاحبه مأخوذ منه]

ولا يقيد الغصب بأخذ مال الغير لأن تصرف الشريك في المال المشترك تصرفاً يخالف المعتاد غصب (راجع المادة ١٠٧٠) مثلاً اذا باع الشريك جميع الدابة المشتركة بينه و بين آخر وسلمها الى المشتري يضمن حصة شريكه رد المحتار . أما اذا كان الآخذ مأذوناً شرعاً فلا يكون غاصباً كالأب المحتاج اذا أخذ من مال ولده الذي هو من جنس النفقة شيئاً بدون اذنه وصرفه أو كالدائن اذا اخذ مال مدينه الذي هو من جنس الدين بدون اذنه . او كالشخص الثالث اذا أخذ مال المديون الذي هو من جنس دين الدائن وسلمه للدائن لايكون غاصباً .

ولا يكون الآخذ غاصباً اذا اخذ المال بأذن صاحبه صراحةً او دلالة والغصب هو ازالة اليد المحقه ووضع اليد المبطلة وسواء كان الآخذ بنيـة الغصب او بنية المزاح ولا عبرة ثنية لما فصلناه في المادة الثانية من القواعد الكلية لأن الآخذ غير محق بفعله في الأصل . واذا اختلف الآخذ والمأخوذ منه في الأذن فالقول قول المالك لأن الاذن اذا لم يثبت فسبب الضمان موجود . الا اذا كان ظاهر الحال يؤيد دعوى الآخذ كالزوج اذا تصرف بمال زوجته حال حياتها وطالبه الورثة بمالها بعد وفاتها فادعى الاذن فالقول قوله لأن ظاهر الحال هو ان تصرف الزوج بمال زوجته بأزنها .

ويجب ان يكون المال المأخوذ مالاً متقوماً لا خمراً بالنظر الى المسلم ولا جيفةً ولا حبة حنطة

أو انساناً حراً . ويجب ان يكون الغصب جهراً لا سراً وألا يكون سرقة والفرق بين الغصب والسرقة ظاهر .

ولا يتحقق الغصب بمجرد وضع اليد بل يحتاج الى التصرف فلو ركب احد حصان الاخر ونزل عنه وهو في موضعه وتلف لايضمن لأنه لايكون غاصباً . ويكون الغصب بأخذ المال المغصوب ووضع اليد عليه حقيقةً وبأنكار الامانة من الأمين حيث يكون بانكارها بحكم الغاصب .

ركن الغصب : أزالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة عند الشيخين وازالة اليد المحقة عند الامام محمد واثبات اليد المبطلة عند الأئمة الثلاثة . بناءً عليه لو غصب الغاصب فرساً ولحقتها بنتها وتلفت أو أمسك الراجل الراعي وابعده عن غنمه فتلفت لايضمن عند الشيخين لعدم وجود الشرطين . وكذا العقار لايكون مغصوباً على قولهما لأن الفعل فيه يتعلق برفع يد صاحبه فقط لا بنفي العقار . وثمرة الخلاف في اقوال الفقهاء يظهر بتلف زوائد المغصوب لأن زوائد المغصوب وان كانت وضعت عليها اليد المبطلة الا انها اذا حصلت بعد الغصب لاتكون ازيلت اليد المحيقة عنها فلا تكون مضمونةً عند الشيخين خلافاً لمحمد وللأئمة الثلاثة . أما اذا طلبت هذه الزوائد من الغاصب وتمنع من يسلمها فليضمن بالأجماع لأنه يكون بحكم الغاصب .

ثم اعلم ان ثبوت التعدي موجب للضمان ايضاً وكل ماساوى الغصب فهو في حكم المغصوب كتضمين غاصب الغاصب وتضمين الملتقط اذا لم يشهد وتضمين حافر البئر في الطريق العام اذا وقعت فيه دابة الغير وتضمين حليب البقرة التي نشف حليبها لمجرد غصب ولدها للغاصب . وتضمين مال المقتول الذي اخذ منه بعد القتل للقاتل فيما اذا قتله وتركه في احدى المنعطفات

المادة ٨٨٢ [قيمة الشيء قائماً هي قيمة الأبنية او الأشجار حال كونها قائمة في محلها وهو ان تقوم الأرض تارة مع الأبنية او الأشجار وتارة تقوم على ان تكون خالية عنها فالتفضل والتفاوت الذي يحصل بين التضمين هو قيمة الأبنية او الأشجار قائمة] . والسبب بأجراء التقويم على هذا الوجه وعدم تقويم البناء والشجر لأن البناء والشجر بالنسبة للارض هو من قبيل الوصف والوصف لاقيمة له بالذات

المادة ٨٨٣ [قيمة الشيء مبنياً هي قيمة البناء قائماً]

الماده ٨٨٤ [قيمة الشيء مقلوعاً هي قيمة أنقاض الأبنية او الأشجار بعد القلع].
والفرق بين قيمة الشيء مبنياً و بين قيمته مقلوعاً هواجرة البناء. ولذا فقيمة الشيء مقلوعاً هي اكثر من قيمته مستحق القلع واقل من قيمته قائماً.

المادة ٨٨٥ [قيمة الشيء حال كونه مستحقاً للقلع هي القيمة الباقية بعد تنزيل اجرة القلع من قيمة المقلوع]

المادة ٨٨٦ [نقصان الأرض هو الفرق والتفاوت الذي يحصل بين اجرة الأرض قبل الزراعة و بعدها]. واذا كان لاتفاوت بين ذلك فلا نقص وقد قال بعض الفقهاء بتقدير التفاوت بالنسبة لثمن الأرض قبل الزراعة وبعدها لا بالنسبة للاجرة الا ان المجلة اختارت القول الأول.

المادة ٨٨٧ [الأتلاف مباشرة هو أتلاف الشيء بالذات ويقال لمن فعله فاعل مباشر]. كقتل أحد دابة الآخر او حرقه داره.

المادة ٨٨٨ [الأتلاف تسبباً هو التسبب لتلف شيء يعني أحداث أمرٍ في شيء يفضي الى تلف شيء آخر على جري العادة ويقال لفاعله متسبب كما ان قطع حبل قنديل معلق يكون سبباً مفضياً لسقوطه على الأرض وانكساره ويكون حينئذٍ قد اتلف الحبل مباشرة و كسر القنديل تسبباً وكذلك اذا شق احد ظرفاً فيه سمن وتلف ذلك السمن يكون قد اتلف الظرف مباشرة والسمن تسبباً] وكذا لو حفر بئراً في الطريق العام بدون اذن ولي الأمر ووقع فيه حيوان وتلف فيكون قد اتلف الحيوان تسبباً.
وكذا اذا شق احد الظرف ولم يسل السمن منه لجموده وبقي بحرارة الشمس وذاب وسال وتلف يضمن ايضاً لكن السمن اذا تلف بفعل فاعل آخر فيكون ذاك الفاعل مباشراً والضمان منحصراً فيه دون سواه.

المادة ٨٨٩ [التقدم هو التنبيه والتوصية بدفع الضرر الملحوظ وازالته قبل وقوعه] .

لذلك لايكون التقدم معتبراً الا اذا كان الضرر ملحوظاً لا من قبيل التوهم وان يقع التقدم قبل وقوع الضرر وان يكون على سبيل التنبيه والتوصية لا على سبيل المشورة وفوق هذا يجب ان يكون المتقدم عاقلاً مميزاً ومن اصحاب حق التقدم والتنبيه وان يكون المتقدم له مقتدراً على ازالة المضرة الملحوظة وان يمر بين التقدم ووقوع الضرر زمان كافٍ لأ زالته . مثلاً اذا كان جدار دار زيد مائلاً على دار عمرو وملحوظاً سقوطه فلزيد ان يقول لصاحب الجدار ان جدارك متضدع اهدمه ولم يهدمه وسقط واتلف شيئاً يضمن صاحب الجدار .



الباب الأول

« في الغصب ويحتوي على ثلاثة فصول »

الفصل الأول

(في بيان أحكام الغصب)

للغصب حكمان أخروي ودنيوي . لأن الله سبحانه وتعالى منعنا من اكل اموال الناس بقوله « ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل » وان الرسول عليه الصلاة والسلام نهانا عن ذلك ايضاً بقوله « من اخذ من الارض شيئاً بغير حقه خسف به يوم القيامة الى سبع ارضين » لذلك لو رد الغاصب المال المغصوب لايخلص من العذاب الأخروي وكما ان الفرق ظاهر بين حكم الغصب الدنيوي والأخروي فان الفرق بين وقوع الغصب قصداً او بدون قصد ظاهر ايضاً وقد ورد في الكتاب الكريم « وليس عليكم جناح فيما اخطأتم ولكن ماتعمدت قلوبكم » وقال عليه السلام « رفع عن امتي الخطأ والنسيان » الا ان الغصب وان كان خطأ يجب على الغاصب اعادة المغصوب عيناً وان هلك فمثلاً او قيمةً كمن لبس حذاء الآخر سهواً واضاعه

وللغصب تسعة احوال اولاً وجوده عيناً في يد الغاصب ثانياً استهلاكه أو هلاكه ثالثاً تغيره في يد الغاصب رابعاً تغيره بتغير اسمه خامساً تغيير اوصافه بإضافة مال الغاصب له سادساً تعييبه سابعاً اخذه من غاصب الغاصب ثامناً بيعه ورهنه من الغاصب تاسعاً اذا طرأ عليه ماينقص قيمته في يد الغاصب مجلة ٨٩٠ — ٩١٠

المادة ٨٩٠ [يلزم رد المال المغصوب عيناً وتسليمه الى صاحبه في مكان الغصب ان كان موجوداً وان صادف صاحب المال الغاصب في بلدةٍ اخرى وكان المال المغصوب معه فان شاء صاحبه استرده هناك وان طلب رده الى مكان الغصب فمصاريف نقله ومؤنة رده على الغاصب] .

ويشترط تسليم المغصوب واعادته سواء كان مثلياً او قيمياً او عقاراً وسواء كان الغاصب عالماً

انه لغيره ام لا و يجب تسليم المال المغصوب عيناً أن كان موجوداً وألا يسلم مثله او قيمبه ويجب ان يكون التسليم في مكان الغصب لأن قيمة الأموال تختلف بالنسبة لاختلاف الأماكن ويجب ان يكون التسليم الى صاحب المال بذاته واذا توفي فلجميع ورثته ولا يكفي وضع الدابة المغصوبة في اخور المغصوب منه خلافاً للأجارة والأعارة ويكفي لرد المغصوب تسليمه لصاحبه ولو بدون علمه كاعطاء المغصوب منه ماله المغصوب هدية أو اطعامه طعامه المغصوب بدون علمه وبذلك تبرأ ذمة الغاصب • وليس لأحد من الغاصب والمغصوب منه ان يطلب تسليم المغصوب وتسليمه عيناً ان كان هالكاً كما وانه ليس لأحدهما ان يطلب بدلاً عن العين المغصوبة حال قيامها واذا ادعى الغاصب هلاك المغصوب واراد تسليم مثله او قيمته ولم يبرهن ولم يصدقه المغصوب منه يحبس الغاصب مدةً برأي الحاكم حيث يعتقد الحاكم بأن المال المغصوب لو كان عنده عيناً لسلمه •

واذا اختلف الغاصب والمغصوب منه بالمال المغصوب فقال الغاصب ان ما غصبته منك هو هذا وقال المغصوب منه هو غيره وهو كذا فالقول قول القابض الغاصب • واذا اختلفا بوصف المغصوب فالقول ايضاً للغاصب عند الأمام الاعظم خلافاً للشيخين • واذا اختلفا بهلاك المغصوب قبل التسليم أو بعده فالبينة للمالك والقول مع اليمين للغاصب عند ابي يوسف لأمكان وقوع التلف والاتلاف بعد الرد وبينة المالك اولى لأنها ثبتت حادثاً للضمان •

ولا يختلف حكم الغصب في المنقول وغير المنقول والأتلاف من الغاصب لكن المغصوب اذا كان مالاً منقولاً يضمنه الغاصب سواء تلف بذاته أو اتلفه واذا كان عقاراً لا يضمنه الغاصب الا اذا اتلفه •

وقد ورد في هذه المادة ان المغصوب منهُ اذا رأى ماله في بلدة اخرى فله استرداده او مطالبة الغاصب برده الى بلد الغصب وتسلمه وهذا محله اذا كان الرد يحتاج الى مؤنةٍ واذا كان الرد لايحتاج الى مؤنة كالدراهم فالغاصب مجبور على أخذه بغير بلد الغاصب كما وان الغاصب مجبور على تسليمه •

أما قيمة المغصوب فأما ان تكون في بلد الغصب و بلد التلاقي واحدة واما ان تكون قيمته في بلد التلاقي ازيد من قيمته في بلد الغصب فالمغصوب منه بالخيار ان شاء استلمه وان شاء طلب تسليمه في مكان الغصب • واما ان تكون قيمته في بلد التلاقي اقل من قيمته في بلد الغصب فالمغصوب منه بالخيار ان شاء استلمه في بلد التلاقي وليس له تضمين فرق القيمة وان شاء

طلب تسليمه في مكان الغصب وان شاء ترك المغصوب له واخذ قيمته في وقت الغصب في بلد الغصب لأنه عجز عن اخذ حقه كاملاً

ويجب رد المغصوب الى المغصوب منه حالاً الا اذا كان المغصوب مركباً فيلحقه صاحبه في وسط البحر يترك في يد الغاصب الى ان يصل الى الساحل .

وكذا اذا ادرك المغصوب منه الذي غصب دابته القفر او كان المغصوب منه وعاء لايمكن للغاصب ان يفرغه يجبر المغصوب منه على ترك الدابة في يد الغاصب الى ان يدرك محل أمين وان يترك الوعاء في يد الغاصب الى ان يجد وعاءً يضع فيه ما كان وضعه في الوعاء المغصوب .

ويجب الرد والتسليم على الغاصب عيناً اذ ورد في الحديث الشريف (على اليد ما اخذت حتى ترد) وكذا الدليل العقلي لأن الغاصب قد غصب المال ورفع يد المالك عنه فعليه رده وتسليمه له حتى ان الدائن اذا غصب مال مديونه الذي هو من غير جنس الدين فليس له امساكه في يده كرهن مقابل الدين . وقد اشترط اداء العين لأن تسليم العين اداء كامل موصوف بالوصف المشروع عند الأصوليين لأن رد العين هو تسليم العين الواجب تسليمها فيشمل هذا الرد الأعيان المنقولة وغير المنقولة ولا يشمل المنافع الا اذا كانت مال وقف أو مال يتيم أومال بيت المال لأن المنافع لاتتقوم بدون عقد عند الحنفية . وكذا اذا غصب الغاصب المغصوب وآجره وقبض اجرته فلا يدفعها للمغصوب منه .

وتكون مؤنة الرد ومصاريف النقل على الغاصب اذا كان الرد يحتاج الى مؤنة ومصرف واذا كان الرد لايحتاج الى مصرف فيجب على الغاصب تسليمه في البلد التي يطلبه فيها المغصوب منه واذا اراد الغاصب تسليم المغصوب الذي لامصرف له في غير بلد الغصب فليس للمغصوب منه ان يمتنع من التسليم واذا كانت قيمة المغصوب في بلد الأخذ اقل من قيمته في بلد الغصب فللمغصوب منه ان يطلب فرق القيمة . واذا كان المغصوب حبوباً او نقوداً كثيرة يحتاج ردها الى مصرف وأريد رده ينظر فأما ان تكون قيمته في بلد الغصب و بلد التلاقي متساويةً واما ان تكون قيمته في بلد التلاقي اكثر من قيمته في بلاد الغصب وبهذين الحالين يخير المغصوب منه ان شاء اخذ المغصوب في بلد التلاقي وأسقط حق قبضه في بلد الغصب وان شاء طلب تسليمه في بلد الغصب وليس له مطالبة تسليم قيمته في بلد الغصب . وأما ان تكون قيمته في بلد التلاقي اقل من قيمته في بلد الغصب فان شاء المغصوب منه اخذه في بلد التلاقي

ولا يطلب فرق القيمة وان شاء طلب تسليمه له في مكان الغصب على ان يكون مصرفه على الغاصب وان شاء اخذ قيمته بالنسبة الى قيمته في بلد الغصب يوم الغصب لأن نقصان القيمة حصل من فعل الغاصب · ويظهر من هذا امكان الحكم بقيمة المغصوب حال قيامه ووجوده الا ان المجلة قد سكتت عن هذا الأحتمال الثالث ·

المادة ٨٩١ [كما انه يلزم ان يكون الغاصب ضامناً اذا استهلك المال المغصوب كذلك اذا تلف او ضاع بتعديه او بدون تعديه يكون ضامناً ايضاً قيمته يوم غصبه]

لأن الغصب علة الضمان لا التلف ولذا فقد وجب تضمين قيمته يوم غصبه لا يوم تلفه خلافاً للأمانة والوديعة فاذا اخذها الأمين وبعد ان حفظها مدة احدث عليها يد الغصب كان ضامناً قيمتها بالنسبة ليوم الغصب لا بالنسبة ليوم القبض

وينقسم الأستهلاك الى قسمين القسم الأول استهلاك من كل وجه كذبح الغنمة المغصوبة وأكلها اي اتلاف جميع المنفعة وهذا مايقصد في هذه المادة وكذا تغيير المغصوب بصورة يتغير بها اسمه، كجعل الحنطة طحيناً والطحين خبزاً وخلط الحنطة المغصوبة بغيرها وخلط النقود بجنسها عند الأمام الاعظم جميع ذلك اتلاف للمغصوب يوجب التضمين اما ذبح الغنمة فقط وتقطيعها فليس بأتلاف فالواجب التضمين ولذا فالمغصوب منه مخير من ان يضمن الغاصب قيمتها او ان يضمنه نقصان القيمة ويأخذ اللحم ·

القسم الثاني الأستهلاك بتفويت بعض المنافع كشق الثياب وذبح الغنم أو تعييب المغصوب كأزالة جودة المغصوب وحكم ذلك سيوضح في المادة ٩٠٠ ويجب تضمين الغاصب لأن الفعل يضاف الى الفاعل فلا يضمن حارس القرية المال الذي غصبه غيره · وكذا اذا غصب الغاصب مال غيره بأمر آخر فالضمان على الغاصب لأن الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل الا اذا غصب الغاصب وسلم للآمر فانه يعود عليه بما ضمنه لذلك فكلمة الغاصب الواردة في هذه المادة احترازية من وجه وغير احترازية من وجه آخر فاذا غصب الغاصب المغصوب وباعه أو وهبه أو تصدق به أو آجره أو رهنه أو اعاره وسلمه فللمغصوب منه الخيار ان شاء ضمن الغاصب وان شاء ضمن الآخذ · وكذا اذا اتلف رجل المال المغصوب في يد الغاصب فللمغصوب منه الخيار ان شاء ضمن الغاصب وان شاء ضمن المتلف · وعلى الغاصب تسليم المغصوب للمغصوب منه في حياته

والجميع ورثته بعد وفاته. واذا كان المغصوب اشياء متعددة حكمها حكم الشيء الواحد بالنظر لتلفها او تلف بعضها فيضمن الغاصب قيمة التالف والباقي عند بعض الفقهاء لعدم امكان الانتفاع بالباقي كمن غصب خفا وتلف بعضه فانه يضمن كله ولا يضمن الا التالف منه عند بعض الفقهاء . ويضمن الغاصب المغصوب سواء تلف بتعد كضرب الدابة المغصوبة وسوقها اكثر من طاقتها اوبدونه كتلفها حتف انفها أو بآفة سماوية او اذا سرق المغصوب من يده وذلك فيما اذا تصادق الغاصب والمغصوب منه على التلف أما اذا لم يصدقه المغصوب منه على التلف ولم يثبت الغاصب التلف بالبينة فيحبس مدة يقنع بها الحاكم على ان المغصوب لو كان موجوداً عيناً في يده لكان سلمه ثم يطلقه من سجنه ويأخذ منه مثل المغصوب او قيمته واذا رضي المغصوب منه بالبدل بدون حبس الغاصب يقضى له به ايضاً

وكذلك النقص بقيمة المغصوب يوجب الضمان فاذا كان المغصوب دابة وتلفت عينها فيضمن الغاصب على ماجاء فى المادة ٩٠٠ ولا يجوز تأجيل الضمان لانه معاوضة ضرورية لايلحقها أجل اي لايلحق الضمان اجل لكنه يلحق بدل الضمان لأنه دين والدين يؤجل [فان كان من القيميات يلزم الغاصب قيمته في زمان الغصب ومكانه وان كان من المثليات يلزمه اعطاء مثله] . لأن الحق ثابت بصورة المال المغصوب اي بمثله وبمعناه اي القيمة وحيث كان لا مثل له كان اعتبار المعنى ضرورياً وتفصيل ذلك هو ان المثل نوعان الاول المثل الكامل وهو صورةً ومعنىً وهو الأصل بالضمان والثاني المثل القاصر وهوالقيمة فلا يقضى بالقاصر مع امكان القضاء بالأصل لان القاصر خلف الاصل الكامل ولا يصار الى الخلف الا اذا تعذر الأصل ولذا يقال لضمان القيمة عند الأصوليين (القضاء بالمثل المعقول القاصر)

وتجب قيمة المغصوب في زمان غصبه ومكانه لأن القيم تتفاوت باختلاف الأزمان والأماكن فاذا غصب الغاصب دابةً ضعيفة ثم صحت وماتت يضمن قيمتها .

وقد ذكر في متن هذه المادة ان المغصوب اما ان يتلف في يد الغاصب ولا بد في تلفه (١) من ان تكون قيمته يوم غصبه مساويةً لقيمته يوم تلفه (٢) ان تكون قيمته يوم غصبه اكثر من قيمته يوم تلفه (٣) ان تكون قيمته يوم غصبه اقل من قيمته يوم تلفه وكل واحدة من هذه الصور اما ان يكون التلف بها حتف انف المغصوب أو بفعل الغاصب ففي الصور الخمس

الأول يلزم ضمان القيمة بالنسبة لزمان الغصب بالاتفاق لأن المغصوب بضمان الغاصب بالغصب لا بالهلاك وبالصورة السادسة تلزم قيمة المغصوب يوم الغصب ايضاً عند الامام الاعظم وتلزم قيمته يوم الاستهلاك عند الامامين والامام الشافعي للزوم رد المغصوب في حال الزيادة ويفهم من المجلة واطلاقها أنها اختارت قول الامام الاعظم لذلك اذا غصب الغاصب دابةً وسمنت بخدمته وعلفه وزادت قيمتها ثم اتلفها يضمن قيمتها بالنسبة ليوم الغصب عند الامام الاعظم وبالنسبة ليوم الاستهلاك عند الامامين والامام الشافعي ·

وكذا اذا باع الغاصب المغصوب وسلمه من آخر وتلف في يد المشتري يقبض المغصوب منه قيمة المغصوب يوم غصبه ولو كانت اقل من الثمن و يقبض الغاصب الثمن الا اذا أجاز المغصوب منه البيع قبل تلف المبيع فانه يقبض الثمن لا قيمة المغصوب · وتقدر القيمة بالنقود المتداولة من قبل خبراء او خبير واحد لعدم اشتراط نصاب الشهادة في الخبراء ·

واذا كان المال المغصوب مثلياً ولم يكن مثله منقطعاً في الاسواق يضمن الغاصب مثله اذ قد ورد في القرآن الكريم (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) و (جزاء سيئة سيئة مثلها) فالغاصب بغصبه قد اضاع على المغصوب منه ماله صورةً ومعنىً وتسليم المثل هو اعدل من القيمة لأنه صورة المغصوب ومعناه خلافاً للقيمة لانها معنىً فقط ·

ويجب ان يكون هذا الضمان في مكان الغصب لاختلاف المثل باختلاف الأماكن ويقال لهذا الضمان (القضاء بالمثل المعقول) او (القضاء الكامل) فاذا غصب الغاصب حبوب آخر واتلفها يكون قد اضاع حق المالك فيها صورةً ومعنىً اي في الشكل والمالية فاذا اعطاه مثله يكون قد اعطاه حقه صررةً ومعنىً ايضاً واذا غصب الغاصب عيناً واتلفها واراد المغصوب منه تضمينه ولم يوجد اذ ذاك الامثلها يأخذ المثل الموجود · ويجب اداء مثل المثلي مع مراعاة جيده ورديئه ولا يضمن الغاصب قيمة المثلي الا بستة وجوه :

الأول اذا كانت قيمة المغصوب في بلد التلاقي أقل من قيمته في بلد الغصب

الثاني اذا كانت قيمة المغصوب في بلد التلاقي اكثر من قيمته في بلد الغصب فان الغاصب يضمن قيمة المغصوب بالنسبة لبلد الغصب في الوجهين

الثالث اذا كان مثل المغصوب مقطوعاً

الرابع اذا اتلف المثلي وهو مشرف على الهلاك كالقاء الحنطة في البحر من باخرة اشرفت على الغرق فيضمن الذي القاها قيمتها بالنسبة الى كونها ستغرق

الخامس اذا اتلف المسلم خمر غير المسلم

السادس اذا حرث رجل ارض الآخر المزروعة وزرعها ببذره ونبت البذر الاول والثاني يضمن صاحب البذر الثاني قيمة البذر الاول بصفته مزروعاً في الارض ٠

وفيما عدا ذلك يجب اداء مثل المثلي المغصوب الا اذا كان مثله منقطعاً من الأسواق واذا تلاقي الغاصب والمغصوب منه في بلد الغصب فليس لاحدهما ان يطلب تسليم قيمة المثلي المغصوب سواء ترفعت او تناقصت قيمة المغصوب والحكم بذلك في الوقف والملك واحد أما اذا تلاقيا في غير بلد الغصب فينظر فاما ان تكون قيمة المغصوب في بلد الغصب و بلد التلاقي واحدة وبهذه الصورة اما ان يأخذ المغصوب منه مثل المغصوب في بلد التلاقي وأما ان يطلب تسليمه مثل المغصوب في بلد الغصب لتفاوت المثل بتفاوت الأماكن ٠ واما ان تكون قيمة المثلي في بلد الخصومة اقل من قيمته في بلد الغصب فينظر اما ان المالك لاينتظر الى ان يعود الى بلد الغصب ويأخذ مثل المغصوب في بلد الخصومة او يأخذ قيمته بالنسبة ليوم الخصومة في بلد الخصومة لأننا لو طالبنا مثل المغصوب في بلد الخصومة نكون قد ضررنا الغاصب بقيمة زائدة **لا** يكلف لدفعها **الا** اذا صبر المغصوب منه الى ان يعود الى مكان الغصب فعندها ينتظر ويأخذ مثل المغصوب بمكان غصبه ٠

واما ان تكون قيمة المغصوب في بلد الغصب اكثر من قيمته في بلد التلاقي فالغاصب بالخيار ان شاء اخذ مثل المغصوب في بلد الخصومة وان شاء انتظر الى ان يعود لبلد الغصب ويأخذ مثل المغصوب فيها وان شاء ضمنه قيمته في بلد التلاقي وتجري هذه الأحكام فيما اذا كان مثل المغصوب غير منقطع واذا انقطع مثله وقت الخصومة فتجب القيمة على الغاصب لا المثل الا أن الفقهاء قد اختلفوا بتعيين القيمة فالامام الاعظم قال بتضمين قيمة المغصوب يوم الخصومة لأن مثل المغصوب باقٍ في ذمة الغاصب الى يوم الخصومة ٠

ويجب أداء قيمة المغصوب بالنسبة الى يوم غصبه عند أبي يوسف لأن المثلي صار بذمته يوم الغصب ٠

ويجب أداء قيمة المغصوب بالنسبة الى يوم انقطاعه عند محمد لأن الثابت بالذمة هو المثل فلا ينقلب للقيمة إلا بالانقطاع وقد جمعت هذه الاقوال الثلاثة بهذه المنظومة .

ولو غصب المثلي ثم انصرما فالواجب القيمة يوم اختصما

ويوم غصب العين عند الثاني وحالة الفقد لدى الشيباني

وقد رجح بعض الفقهاء قول الامام الاعظم وبعضهم رجح قول غيره ألا أن الغاصب اذا اراد أن يسلم مثل المغصوب المنقطع مثله يجبر المغصوب منه على استلامه ولو بعد الدعوى بالقيمة وإذا انقطع المثل ثم وجد قبل الحكم لا يجوز للحاكم إلا الحكم بالمثل . ويحكم على الغاصب بمقتضى اقراره وأذا اقر بمال لزيد ثم اثبته عمرو يحكم ببينة عمر لأنها متعدية وأذا قال الغاصب أننا غصبنا من فلان عشر ليرات وكنا عشرة اشخاص فيحكم عليه بجميع المبلغ وأذا قال أنا وتسعة أشخاص وهم فلان وفلان غصبنا مال فلان يحكم عليه بأقراره بحصة من عشر حصص لأنه اقر بالغصب من اشخاص معلومين واذا أنكر الغاصب الغصب وأقام المدعي بينته فلا يكلف الشهود لبيان اوصاف المغصوب لأن الشهود وان عاينوا فعل الغصب لا يمكنهم معاينة اوصافه حين الغصب ولا يكلف المدعي لاحضار المال المغصوب لمجلس الحكم لتعذر احضاره ولأن الغاصب لا يحضره واذا اتفق الغاصب والمغصوب منه على تلف المغصوب ووجب الحكم بالقيمة ينظر فأما ان يتفقا على قيمته فيحكم بها حسب تصادقهما واما أن يختلفا واذا اختلفا وبرهنا ترجح بينة المغصوب منه لأنها بينة الزيادة وكذا الخبراء اذا اختلفوا بالرأي يحكم بقول من أخبر بالزيادة لأن الاخبار بالأقل بينة على النفي وبينة النفي لا يحكم بها . ولا تقبل بينة المدعى عليه الغاصب اذا أراد اقامتها تخلصاً من اليمين اذا عجز المدعى عن اثبات الزيادة على القول الراجح ولا يقاس الغصب على ما جاء في المادة ١٧٧٤ وليس للغاصب رد اليمين على المغصوب منه ولا يكلف المغصوب منه لحلف اليمين ولو اتفقا على اليمين لأن التراضي لغو فما يخالف الشرع . واذا عجز المغصوب منه عن اثبات القيمة المدعى بها وتمنع الغاصب من بيانها بل قال هي اقل مما بينه المغصوب منه يجبر المغصوب منه على بيان الزيادة وايضاحها لأنه اقرار بالمجهول واذا أصر على عدم البيان يحلف على ان قيمة المغصوب ليست كما ادعى المدعي واذا حلف يكلفه ثانياً لبيان المقدار واذا اصر على عدم البيان يحلف المغصوب منه على ان قيمة المغصوب هي المبلغ المدعي به ويحكم له بدعواه وبهذه المسئلة قد حلف مدعي الزيادة خلافاً للنص الوارد وقد اراد بعض الفقهاء قياس هذه المسئلة على مسألة المتبايعين الا أن

هذا الرأي لا يقبل لأن القياس لا يجوز فيما يخالف النص . وقد قال بعضهم بان المدعي اذا ادعى بان قيمة المغصوب عشر ليرات وقال المدعى عليه انها اقل من ذلك ولم يبين مقدارها يحلف المدعى عليه ثم يحلف المدعي على ان القيمة ليست بتسع ليرات واذا حلف يحكم له بدعواه .

وتسمع البينة على الملك بدعوى الغصب عند ابي يوسف و يحلف المدعى على ما جاء في المادة ١٧٤٦ .

وللمدعى عليه ان يدفع دعوى مدعي الغصب بوجوه عديدة منها :

١ — اذا ادعى البيع من الغاصب بمقابل دعوى الغصب فترجح بينة المدعى عليه اذا برهنا .

٢ — اذا ادعى رد المغصوب عيناً الى المدعى و برهن يحكم بمنع معارضة المدعي له بدعواه .

٣ — اذا ادعى المدعى عليه بان المدعي قد أتلف المال المغصوب وهو بيده وأقام البينة يحكم له بها .

واذا ادعى المال المغصوب اثنان مختلفان وأرخا الغصب و برهن كل منهما على غصب المدعى به منه يحكم لمن أرخ الغصب بتاريخ مقدم عند ابي يوسف .

ومتى دفع الغاصب قيمة المغصوب ملكه بالاستناد الى تاريخ الغصب لأن الغاصب حيث دفع قيمة المغصوب بمال يملكه ملكاً رقبة فوجب ان يملك المبدل والا يجب اجتماع البدل والمبدل في ملك مالك واحد وهذا لا يجوز . ويملك الغاصب الزيادات المتصلة الغير المتولدة ولا يملك المتصلة المتولدة لأنها تبقى ملك المغصوب منه فلو غصب دابة في آذار وضمنها في ايار وكانت ولدت اثناء هذه المدة فالولد للمغصوب منه خلافاً للبيع الموقوف والبيع بالخيار اذا حصل فيه زيادة واجيز ونفذ بعد ذلك ملك المشتري المبيع والزيادة المتصلة والمنفصلة والسبب في ذلك هو ان الغصب فعل قبيح لا يكون سبباً للملك اما البيع فهو سبب للملك فالاجازة فيه تجعل المشتري مالكاً للمبيع في وقت البيع من كل الوجوه .

واذا ظهر المغصوب الذي ضمن الغاصب قيمته بعد الضمان فسواء كانت القيمة المضمونة اقل او اكثر من قيمته الحقيقية او كان حكم عليه بالبينة او بنكوله او بيمين المغصوب منه فالمغصوب منه بالخيار ان شاء اخذ المغصوب ورد القيمة التي قبضها لأنه اخذ القيمة برضاء غير تام . وللغاصب حبس المغصوب الى ان يقبض القيمة التي دفعها واذا تلف المغصوب في يده بعد ذلك لا يسترد القيمة يدفع زيادة قيمة المغصوب عما دفعه قبلاً اذا كان هنالك زيادة

والا لايدفع شيئاً . وان شاء المغصوب منه امضى القيمة وابقاها في يده . ولا خيار للغاصب اذا كانت القيمة التي دفعها اقل من قيمة المغصوب وله خيار العيب وخيار الرؤية لان ضمان الغصب معاوضة . ولا خيار للمغصوب منه اذا كانت القيمة المدفوعة اولاً دفعت بناءً على دعوى المغصوب او برهانه او نكول الغاصب عن اليمين لانه هو الذي رضي بذلك ولا خيار للغاصب لانه ظالم ومتعد بناء عليه اذا ادعى الغاصب غصب متاعه من غاصب وضياعه واثبت قيمته بالبينة ثم وجد المغصوب فليس لأحدهما رده واسترداد القيمة

واذا باع الغاصب المغصوب وضمنه صح بيعه بطريق الاستناد واذا غصبه و باعه ثم اشتراه من صاحبه او اتهبه او ملكه بالارث فلا يصح بيعه لأن الملك البات اي الملك بالارث والشراء والاتهاب قد طرأ على ملك موقوف على اداء الضمان ولذا فقد ابطله .

ماده ٨٩٢ [اذا سلم الغاصب عين المغصوب في مكان الغصب الى صاحبه العاقل الحاضر او الى نائبه او استرده صاحبه او مات المغصوب منه وورثه الغاصب حصراً [برأ الغاصب من الضمان] وسقط وجوب الرد ولو كان المغصوب منه لا يعلم بأن المال الذي اخذه هو المغصوب ويجبر المغصوب منه على قبوله الا اذا اريد رده له في مكان مخوف كما سيأتي في المادة ٨٩٤ وقد وجب رد المغصوب في مكان الغصب لاختلاف قيمة المغصوب باختلاف الاماكن ووجب كون المغصوب منه عاقلا لعدم امكان الرد الى المجنون ووجب رده ايضاً الى المغصوب منه الحاضر لعدم امكان استلام الغائب ماله وهو غائب فلو غصب الغاصب مالاً فليس له تسليمه لاحد وليس للحاكم ان يأذن له بالانفاق عليه بل يبقى في يد الغاصب فينفق عليه من ماله ولا ينفذ اذن الحاكم اذا اذن الغاصب بالصرف الا اذا كان الغاصب ظالماً يخشى منه بيع المغصوب فللحاكم بيعه وحفظ ثمنه . واذا مات الغاصب فنائبه وارثه او ولي الوارث ووصيه وهذا يقوم مقام المغصوب منه بالتسليم الا اذا كان الورثة متعددين فليس للغاصب تسليم المغصوب لاحدهم واذا سلم لا تبرأ ذمته من حق الباقين وليس للغاصب رد المغصوب لدار المغصوب منه ولعياله واذا رده كان ضامناً ولذلك اذا اخذ احد مال آخر من داره بغير اذنه ثم اعاده لمكانه وتلف قبل ان يستلمه صاحبه اواخذ دابة جاره من المرعى واستعملها واعادها لمكانها وتلفت قبل ان يستلمها صاحبها او غصب دابة من احد ثم وضعها له بآخوره وتلفت قبل التسليم او غصب

نقود الآخر من كيسه ثم ردها وتلفت قبل ان يستلمها صاحبها أوغصب دابةمن آخور ثم ارجعها لمكانها (على روايةٍ) يضمن لعدم صحة التسليم

وقد ورد في هذه المادة كلمتي (عين المغصوب) وهما احترازيتان يحترز بهما من قيمةالمغصوب وبدله كما سيذكر في شرح المادة ٨٩٥ ·

ويجب رد المغصوب حقيقةً أو حكماً لذلك اذا قال المغصوب منـه للغاصب خذ الدابة التي غصبتها مني وبعها في مكان كذا فاخذها الغاصب وتلفت وهي في يده بالطريق او اعار المغصوب منه المغصوب للغاصب وتلف في يد الغاصب قبل ان يستعمله بطريق الاعارة أو قال المغصوب منه للغاصب اودعتك المغصوب وتلف او امر الغـاصب ببيع المغصوب وتلف في يده قبل البيع والتسليم اوتلف بعد البيع وقبل التسليم فالضمان على الغاصب لأن الغاصب وان كان وكيلاً بالبيع ويصح بيعه على هذا الوجه الا ان يد الغصب لا تزول الا بالبيع والتسليم واذا رد المشتري المبيع الى الغاصب بخيار العيب قبل القبض وتلف فالضمان على الغاصب ولا ضمان عليه اذا رده له بعد القبض · وكذا اذا باع المغصوب منه المغصوب من غيرالغاصب وتلف في يد الغاصب قبل التسليم للمشتري او كان المغصوب شاة فامر المغصوب منه الغاصب بذبحها وماتت قبل ان يذبحها فالضمان على الغاصب لأن ذلك كله لا يعد رداً وتسليماً حقيقياً او حكمياً ·

وينقسم الرد الى قسمين حقيقي وحكمي فالرد الحقيقي هو ما ذكر في هذه المادة والرد الحكمي هو ما ورد ذكره في الفقرة الاولى من المادة ٨٩٣ وكذا فالمسائل الآتية هي من قبيل الرد الحكمي

مسألة ١ — اذا احدث المغصوب منه في المال المغصوب فعلاً لو اوقعه غيره كان غاصباً كان فعله هذا استرداداً حكمياً ولو كان صاحب المال لا يعلم ان المال هوله لأن ثبوت يدصاحب المال على ماله موجب لسقوط الضمان عن الغاصب ولأن الحكم يبنى على السبب لا على العلم · مثلاً اذا كان المغصوب حيواناً وركبه صاحبه أولباساً فلبسه يرتفع الضمان عن الغاصب (هندية)

مسئلة ٢ — اذا توفي المغصوب منه واستعار وارثه الذي انحصر ارثه بالمال المغصوب واستلمه ارتفع الضمان (بزازية)

مسألة ٣ — اذا استأجر الغاصب المغصوب من صاحبه واستعمله بحكم الأجارة وهلك في يده بدون تعدٍ لا يضمن لأن قبض الغصب اقوى من قبض الاجارة والقبض القوي يحمل القبض

الضعيف الا اذا كان المغصوب المأجور غائباً عن مجلس عقد الاجارة وتلف قبل ان يستلمه الغاصب لا يخلص من الضمان (بزازية)

مسألة ٤ — اذا مات المغصوب منه وورثه الغاصب حصراً يبرأ من الضمان ·

و يبرأ الغاصب من الضمان بوجوه عديدة وهي :

١ — رد المغصوب لمغصوب منه او لنائبه

٢ — وفاة المغصوب منه وانحصار ارثه بالغاصب

٣ — هلاك المغصوب في يد الغاصب او اتلافه وابراء المغصوب منه ذمة الغاصب بعد ان انقلب حقه من العين المغصوبة للبدل

٤ — ابراء المغصوب منه ذمة الغاصب من الغصب وتلف المغصوب بعد ذلك حتف انفه اذ تكون يد الغاصب فيه يد امانة

٥ — تحليل المغصوب منه الى الغاصب وهو في يده وتلفه بعد التحليل اذ تصير يد الغاصب عليه يد امانة و يبرأ من الضمان ·

٦ — اجازة المغصوب منه قبض الغاصب وحتى غاصب الغاصب ·

٧ — امر المغصوب منه الغاصب بحفظ المغصوب وحفظه من الغاصب بناءً على امر المغصوب منه

٨ — ايداع المغصوب منه المغصوب الى الغاصب ·

و يبرأ الغاصب من الضمان بالرد مطلقاً ولو كان المغصوب منه لا يعلم بان المال الذي رد اليه هو ماله بناءً عليه اذا غصب احد مالاً من آخر ثم القاه في حجره فأخذه غيره وتلف فالضمان على الغاصب الثاني لا على الاول اما اذا لم يضعه في حجره بل وضعه امامه واخذه غيره فالضمان على الآخذ الاول والثاني ·

وكذا اذا اخذ رجل من كيس الآخر نقوداً وصرفها ثم وضع له مثلها فرفعها المغصوب منه او صرفها دون أن يعلم بانها هي النقود التي ردها الغاصب يسقط الضمان عن الغاصب · وكذا اذا البس الغاصب المغصوب منه الثوب المغصوب وعتق الثوب على المغصوب منه دون ان يعلم بانه ثوبه المغصوب يبرأ من الضمان وكذا اذا غصب الخبز واطعمه للمغصوب منه يبرأ من الضمان الا اذا تغير المغصوب في يد الغاصب تغيراً يوجب تبدل اسمه فلا يبرأ الغاصب من الضمان ولو استلمه المغصوب منه واستهلكه كمن غصب طحيناً وخبزه واطعمه للمغصوب منه فلا يبرأ من الضمان ·

ولا تتوقف صحة الرد على التصريح بان ما رد هو المغصوب فتبرأ ذمة الغاصب اذا وهب المغصوب للمغصوب منه أو أودعه عنده او اذا سرق المغصوب منه المغصوب من غاصب الغاصب . واذا استرد غاصب الغاصب المال المغصوب من المغصوب منه على هذا الوجه تنقطع خصومة الغاصب الاول للمغصوب منه

ماده ٨٩٣ [اذا وضع الغاصب عين المغصوب امام صاحبه بصورة يقدر على اخذه فيكون قد رد المغصوب وان لم يوجد قبض في الحقيقة]

لأن ما رده له هو ماله فلا تتوقف صحة الرد على قبوله . انما يجب على المغصوب منه ان يعلم بان له هو ماله لأن هذا الرد رد حكمي لا حقيقي و يتفرع عن هذه المادة مسئلتان

الاولى : اذا وضع الغاصب المغصوب امام المغصوب منه بصورة يقدر على اخذه فلم يقبله المغصوب منه ثم اخذه الغاصب لداره يضمن قيمته بزمان ومكان الاخذ الثاني لأن الغاصب بهذه الصورة يبرأ من الغصب الاول و يضمن بحكم الغصب الثاني .

الثانية : اذا وضع الغاصب العين المغصوبة في حجر المغصوب منه فرماه المغصوب منه واخذه غير الغاصب برأ الغاصب الاول من الضمان . ويجب لبراءة الغاصب وضع المغصوب امام المغصوب منه بصورة يمكنه اخذه اما اذا وضعه بعيداً عنه بمكان لا يقدر على أخذه منه الا بعد ان يقوم من مكانه فلا يتم التسليم الحكمي ولا يبرأ الغاصب .

وكذلك يجب وضعه على ما ورد في هذه المادة فاذا ابقى الغاصب المغصوب في يده ورفض المغصوب منه اخذه فاخذه الغاصب يكون في يده امانة ولا يتجدد الغصب بفعله هذا لعدم أخذ المغصوب مرة ثانية (رد المحتار)

[واما لو تلف المغصوب ووضع الغاصب قيمته قدام صاحبه بتلك الصورة فلا يبرأ مالم يوجد قبض في الحقيقة]

لأن دفع القيمة مبادلة والمبادلة لا تكون الا برضاء الطرفين او بحكم الحاكم كما هو الحكم بالشفعة . وكذلك الوديعة فاذا اتلفها المستودع ودفع قيمتها قدام صاحبها فيعامل على ما جاء في هذه المادة اما اذا وضع عين الوديعة بين يدي صاحبها فيبرأ . والفرق هوان الواجب في قبض الدين

هو القبض الحقيقي لتحقيق المعاوضة وفي الوديعة والغصب يتحقق الرد بالتخلية لعدم المعاوضة . وكذلك الحكم بمثل المغصوب فلا يتم به التسليم الا بالقبض الحقيقي لأن تسليم المثل مبادلة .

مادة ٨٩٤ [لو سلم الغاصب عين المغصوب الى صاحبه في محل مخوف ولو كان ذلك المحل هو مكان الغصب فله حق في عدم قبوله ويبرأ الغاصب من الضمان بهذه الصورة] .

لان المغصوب في المحل المخوف هو في يد اللصوص حكماً الا اذا قبله المغصوب منه واستلمه فتبرأ ذمة الغاصب منه لان الحق للمغصوب منه وقد اسقطه وكذلك الحكم في الكفالة فاذا سلم الكفيل المكفول بالكفالة النفسية الى المكفول له في مكان لا يمكنه فيه المخاصمة فللمكفول له أن لا يقبل التسليم راجع المادة ٦٦٣ وكذلك الدائن فله رد الدين اذا سلم له في مكان مخوف (بهجة)

مادة ٨٩٥ [اذا اعطى الغاصب قيمة المال المغصوب الذي تلف لصاحبه اذا كان قيمياً او مثله اذا كان مثلياً ولم يقبله راجع الحاكم وامره بالقبول]

اذا كانا متفقين على تلف المغصوب او اثبت الغاصب التلف بالبينة او حبس مدة يرتاح لها وجدان الحاكم بان المغصوب لو كان موجوداً في يده عيناً لسلمه واذا رد الغاصب القيمة بعد تحقق ما ذكر يحكم الحاكم الى المغصوب منه وتمنع من اخذها فله ابقاءها في حجره . وتسمع دعوى الغاصب في ذلك لانه يريد اثبات براءة ذمته . واذا اختلف الغاصب والمغصوب منه بقيمة المغصوب فالقول قول الغاصب .

مادة ٨٩٦ [اذا كان المغصوب منه صبياً ورد الغاصب اليه المغصوب فان كان مميزاً واهلاً لحفظ المال يصح الرد والا فلا]

واذا كان الغاصب قد رفع المغصوب من مكانه يجب رده الى ولي الصغير ووصيه وكذلك اذا غصب سرجاً من ظهر دابة واعاده الى مكانه فلا يبرأ من الضمان لأن الدابة ليست باهل للقبض وقد ورد التمييز في هذه المادة مطلقاً فيصح الرد للصبي المميز ولو محجوراً لذلك فرد عين المغصوب تجوز للعاقل البالغ وللصبي المميز المأذون وللصبي المميز المحجور ولا تصح للصبي غير المميز

الا اذا كان الغاصب لم يرفع المغصوب من مكانه · اما قيمة المغصوب او مثله فتسلم للعاقل البالغ وللصبي المميز المأذون ولا تسلم لغير المأذون ولا لغير المميز لأن رد المثل او القيمة معاوضة وغير المأذون وغير المميز ليس لهما ذلك ·

اما الرد للنائم ففيه تفصيل فقد اشترط ابو يوسف اتحاد النوم لصحة الرد فاذا اغتصب المال من نائم يصح رده له اذا بقي نائماً في نومه الاول كمن سرق خاتم النائم او خفه ورده له في نومه الذي اخذ ماله فيه منه صح الرد واذا افاق من نومه الاول ونام مرة ثانية فلا يصح الرد له في نومه الثاني · وقال الامام محمد بعدم اشتراط اتحاد النوم بل اشتراط اتحاد المجلس فاذا اعاده في المجلس يبرأ من الضمان ولو في نوم اخر واذا لم يحوله عن مكانه واعاده الى اصبعه اي اصبع كان او رجله زال الضمان عنه وان حوله ثم اعاده في تلك النومة او غيرها لا يبرأ ما لم يرده اليه حال اليقظة ·

مادة ٨٩٧ المغصوب بالنسبة الى ما يحصل فيه من الاحوال ينقسم الى قسمين القسم الاول حدوث حال في المغصوب لا يوجب انقطاع حق صاحبه منه مثلاً [اذا كان المغصوب فاكهة فتغيرت عند الغاصب كأن يبست فصاحبه بالخيار ان شاء استرد المغصوب عيناً وان شاء ضمنه] لأن المغصوب موجود من وجه وغير موجود من وجه آخر فاذا كان المغصوب عنباً وصار زبيباً او كان رطباً وصار تمراً او كان لبناً وصار مخيضاً فللمغصوب منه الخيار ان شاء اخذ الزبيب والتمر والمخيض وان شاء ضمن الغاصب مثله وكذلك اذا غصب خمراً فتخلل بدون ان يضع فيه مادة اخرى فللمغصوب منه الخيار باخذ ماله الحاصل او تضمين مثل المغصوب ·

ويشترط لوجوب حكم هذه المادة تغير المغصوب بطبيعته لا تغييره من الغاصب فاذا غير الغاصب المغصوب بفعله كأن كان عنباً فجففه او كان خمراً فخلله يملكه الغاصب وينقطع منه ملك المغصوب منه

القسم الثاني هو حدوث حال في المغصوب يوجب انقطاع ملك صاحبه فيه كما سيفصل في المادة ٨٩٩

مادة ٨٩٨ التغير في المغصوب قسمان الاول تغير الوصف وهو [اذا غير الغاصب بعض

اوصاف المغصوب بزيادة شيء عليه من ماله فالمغصوب منه مخير ان شاء اعطى قيمة الزيادة واسترد المغصوب عيناً وان شاء ضمنه] وان شاء باع المغصوب وقسم الثمن بين قيمة المغصوب وقيمة الزيادة لأن المال الموجود هو للغاصب والمغصوب منه وللمغصوب منه الخيار واذا كان مخيراً فلا بد من اعطاء ثمن الزيادة لأنها مال متقوم ولا يمكن فصلها عن المغصوب وجناية الغاصب لا تستلزم سقوط ماليته في ماله وهذا الحكم يخالف ما جاء في المادة السابقة لأن الشرط بتلك المادة ان يتغير المغصوب بذاته وهنا لا بد من تغييره ولا بد من حصول زيادة فيه اما اذا اوجب التغيير نقصاناً فللمغصوب منه الخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمة المغصوب وان شاء اخذه ولا يدفع للغاصب شيئاً وقد روي عن الامام انه قال ان فعل الغاصب في المغصوب اذا اوجب تغير الوصف ونزول القيمة فالمغصوب منه بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمة المغصوب وان شاء قدر قيمة الزيادة التي تحصل بسبب فعل الغاصب ونزل هذه الزيادة من النقص الحاصل بقيمة المغصوب وضمن الغاصب الباقي · مثلاً لو غصب الغاصب ثوب نوم ابيض وصبغه اسود فنزلت قيمته بهذا الصبغ من السبعين الى الستين قرشاً فينظر ان هذا الصبغ لو جعل بثوب تزيد قيمته كم كانت تزيد فلو كانت تزيد مثلاً خمسة قروش وهي قيمة الصبغ فتنزل هذه القيمة من العشرة قروش و يضمن الغاصب خمسة قروش فقط اذا اخذ الثوب المغصوب منه واذا ترك له يضمن قيمته الا ان القول لاول هو الراجح · لان المغصوب منه يستحق تمام ماله المغصوب وفي هذه الصورة اخذ اقل من حقه

[مثلاً لو كان المغصوب ثوباً وكان قد صبغه الغاصب فالمغصوب منه مخير ان شاء ضمن الثوب وان شاء اعطى قيمة الصبغ واسترد الثوب عيناً] وان شاء باع الثوب وقسم ثمنه بين قيمة الثوب وقيمة الصبغ اي انه يضرب ثمن المبيع بقيمة الثوب مصبوغاً و يقسمه على المجموع و يكون الحاصل لصاحب الثوب او انه يضرب ثمن المبيع بالزيادة و يقسم الحاصل على المجموع و يأخذ الغاصب ما يحصل

وقد قيل بخيار المغصوب منه ولم يقل بخيار الغاصب لان المغصوب اصل والوصف تابع فلا يصار الى الوصف و يترك الاصل ·

واذا باع الغاصب المغصوب بعد ان صبغه وغاب فللمغصوب منه اخذ المغصوب من المشتري مصبوغاً ونقض البيع لكنه يكلف لاعطاء كفيل يكفل قيمة الصبغ (هندية) •

وكذا الرهن فان الراهن اذا صبغ الثوب الذي في يد المرتهن يخرج الثوب من الرهن ويضمن الراهن قيمته الى المرتهن وقد احترزت هذه المادة بكلمة ثوب من غصب الصبغ لأن الغاصب اذا غصب الصبغ وصبغ ثوبه فيه وباعه فليس لصاحب الصبغ مراجعة المشتري بل له تضمين الغاصب فقط ان كان يكال فمثل كيله وان كان يوزن فمثل وزنه وان كان مما لا يكال ولا يوزن فقيمته يوم اخذه وليس لصاحب العصفر ان يحبس الثوب لأن الثوب متبوع وليس بتابع (جوهرة) •

وكذا اذا غصب داراً وجصصها فعلى المغصوب منه ضمان قيمة الجص واسترداد داره اذا كان الجص لا ينفك عن البناء واذا كان ينفصل عن البناء فللغاصب اخذه عيناً •

وقد احترزت المجلة بكلمة (صبغه) من الانصباغ لان الهواء اذا القى ثوب احد بوعاء صباغ الآخر فصبغ فاما ان يدفع صاحب الثوب ثمن الصبغ لصاحبه واما ان يكون الثوب مشتركاً بينهما بنسبة حصتهما في الثوب والصبغ واما ان يباع الثوب ويقسم ثمنه بينهما بنسبة حصة كل منهما لعدم وقوع فعل من احدهما يوجب التضمين (هندية)

وقد اختلف الفقهاء في الصباغ الاسود • فقال الامام الاعظم ان الغاصب اذا صبغ المغصوب بصبغ اسود فللمغصوب منه الخيار ان شاء اخذه بدون قيمة الصبغ وان شاء ضمن الغاصب قيمة المغصوب وهو ابيض

اما الامامان فلم يفرقا في القيمة بين الصباغ الاسود والملون واخذت المجلة هذه المادة من قولهما وهذا الاختلاف هو اختلاف زماني لا اختلاف برهاني لأن الأمام الاعظم وجد في ايام بني امية الذين كانوا لا يرغبون الصباغ الاسود والامامان وجدا بدور الحكومة العباسية التي كان افرادها يلبسون اللباس المصبوغ بسائر الالوان حتى ان هارون الرشيد كان سأل الامام ابا يوسف عن لون الثياب التي يجب ان يلبسها فاجابه بقوله له (خير الالوان ما كتب به القرآن) وقد استحسن الخليفة هذا القول ولبس السواد وتبعه الخلفاء بذلك • وكذلك القصر بالنشاء فانه يزيد قيمة المغصوب ويلحق بحكم هذه المادة •

وكذا اذا غصب الغاصب الثوب والصبغ من شخص واحد وصبغه فالمالك مخير ان شاء اخذ الثوب مصبوغاً ويبرأ الغاصب من الضمان وان شاء ضمن الغاصب الصبغ والثوب •

ويحترز بالصبغ من الغسيل بالصابون والأشنان لأن الغاصب اذا غسل الثوب بصابون او بأشنان فللمغصوب منه اخذه منه دون ان يعطيه شيئاً لان الثوب لا يزيد شيئاً بالغسيل ولأن الصابون والاشنان يتلف ولا يعلق بالاثواب ٠

ولا فرق بين ان يكون الصباغ من مال الغاصب او من مال غيره فاذا غصب الغاصب الثوب من زيد والصباغ من عمرو وصبغه يضمن الصباغ لصاحبه ثم يجري بحقه حكم هذه المادة مع المغصوب منه كانه قدصبغه من ماله ٠ ولا يجوز لصاحبي الصبغ والثوب ان يتفقا على اخذ الثوب بل ان صاحب الثوب يأخذ ثوبه و يضمن قيمة الصباغ

والمغصوب منه مخير بكل الوجوه كما جاء باطلاق هذه المادة سواء كانت قيمة الصباغ اكثر من قيمة الثوب أو أقل منه ٠

والقيمة المعتبرة في ذلك هي قيمة الصبغ يوم الخصومة لا يوم اتصاله فعلى المغصوب منه ان يدفع الزيادة الحاصلة في الثوب بسبب الصبغ بالنقود

ولا يقاس الصباغ على البناء الوارد ذكره في المادة ٩٠٦ اذان صاحب البناء يجبر على هدم بنائه وفي الصبغ لا يجبر الغاصب على ازالة صباغه لأن الصباغ لايمكن تفريقه من الثوب اما البناء فانه باقٍ بعد القلع ٠

واذا اختلف الغاصب والمغصوب في الصبغ فقال الغاصب انه صبغ الثوب وقال المغصوب منه انه غصب منه مصبوغ فالقول قول المغصوب منه ٠ وكذلك الحكم ببناء الدار وطلي السيف ٠

القسم الثاني تغير الذات كما سيوضح ذلك في المادة التالية

مادة ٨٩٩ [اذا غير الغاصب المغصوب بحيث يتبدل اسمه يكون ضامناً و يبقى المال المغصوب له]

لان تبدل المغصوب بحيث يتبدل اسمه هو ازالة ملك المغصوب منه من المغصوب وقطعه فيجب تضمين مثله او قيمته وليس للمغصوب منه أخذ المال لان تبدل الاسم يدل على تبدل العين فيعتبر ان المال المغصوب غير موجود

وفي الغصب اصلان : الاصل الاول الاستدلال على انقطاع حق المالك في المغصوب بتبدل اسمه وهذا يشمل جميع مسائل الغصب كمن غصب حنطة وطحنها اوطحيناً وخبزه او خشباً فصنعه

صندوقاً لأن الحنطة اذا طحنت صارت طحيناً والطحين اذا خبز صار خبزاً وتبدل اسمه وزال معناه فتبدل الاسم والصورة والشكل ظاهر واما تبدل المعنى فهو ان الحنطة قبل الطحن كانت تزرع وتسلق وتعمل هريسة اما بعد الطحن فلا يعمل بها شيء من ذلك . وكذلك التراب اذا غصب وصنع لبناً او آجراً يضمن الغاصب قيمته بمحله وقد وضعت المادة الثانيه عشرة من قانون الاراضي مشتقة من هذه المسئلة الشرعية . وكذلك الغاصب اذا غصب النعجة وذبحها وطبخها يضمن قيمتها وليس للمغصوب منه اخذها مطبوخة . وكذلك اذا غصب دود قز وعمله شرانق او غصب بطيخاً وجعله شرائد فيضمن قيمة المغصوب .

الاصل الثاني : الاستدلال على عدم انقطاع حق المالك في المغصوب وهذا يشمل ايضاً جميع مسائل الغصب كمن غصب ارزاً وقشره او غصب حنطة وجعلها كشكاً او غصب غنمة فذبحها وسلخها أو غصب حطباً فقطعه او غصب بطيخة وقطع قطعة منها وحكم ذلك سيوضح قريباً .

ويشترط لحكم هذه المادة :

١ً — تغيير المغصوب من الغاصب فاذا تغير من المغصوب منه لا يوجب ضمان الغاصب فاذا اعطي الغاصب المغصوب منه حنطة وقال اطحن لي اياها فطحنها المغصوب منه دون ان يعلم انها حنطته المغصوبة ثم اطلع على ذلك . وكذا تغيير المال باذن صاحبه لا يوجب الضمان

٢ً — يشترط لحكم هذه المادة ان يتغير اسم المغصوب اما اذا لم يتغير اسم المغصوب بفعل الغاصب فلا ينقطع حق المغصوب منه .

فاذا غصب الغاصب غنمة وذبحها وقطعها لا يتبدل اسمها لانه يبقى شاة مذبوحة الا ان الذبح يزيل اعظم منافعها وهي درها ونسلها لذلك فالمغصوب منه بالخيار ان شاء اخذها مذبوحة وضمن الغاصب النقصان وان شاء تركها وضمنه كل قيمتها لان النسل والدر وان فات الا ان اللحم باق فذبح الغنمة هو اتلاف لبعض المنافع ولذا قد خير المغصوب منه .

وكذلك قطع ارجل الحيوان المأكول اللحم فان حكمه حكم الذبح اما قطع ارجل ما لا يؤكل لحمه فانه يوجب التضمين اذا تلفت المنفعة منه بالكلية واذا كان ينتفع بشيء منه يكون في حكم الغنمه المذبوحة .

وكذلك قطع الحطب وتكسيره فانه وان زاد بقيمتة الا انه لا يغير اسمه ولا يخرج الحطب من ملك المغصوب منه وهو كذبح الغنم .

وفي الذهب والفضة اذا عمل كاسة اء غير ذلك خلاف بين الأئمة فالامام الاعظم قال بان ذلك لا يغير الوزن والمالية والامامان قالا بان ذلك يغير الاسم ويقطع حق المالك منه اما عمل الصحائف الطويلة والمدورة والمربعة فيقطع حق المالك بالاجماع

وقد اختلف الفقهاء بلزوم كون تغيير الاسم موجباً لزوال اعظم المنافع او غير موجب فمنهم من قال بلزوم وضع هـذا القيد ومنهم من قال بان تغيير الاسم موجب لزوال اعظم المنافع كالحنطة اذا صارت دقيقاً فان اعظم منافعها تزول بتغيير اسمها وقد اخذت المجلة مادتها هذه من القول الثاني ·

٣ — يشترط ايضاً لحكم هذه المادة التغيير لا التغير فاذا صار العنب زبيباً والخمر خلاً فذلك يطبق به حكم المادة ٨٩٧ ·

و يبقى المال للغاصب لانه ينقطع منه حق المغصوب منه ولا يبقى الا حق الغاصب لان الغاصب اذا شوى اللحم صار كباباً او طحن الحنطة فصارت طحيناً و يملك الغاصب المال المغصوب ولو قبل دفع قيمته لأنه اذا خرج من ملك المغصوب منه ولم يملكه الغاصب وجب بقاؤه بدون مالك وهذا لا يجوز لكنه لا يحل له الانتفاع به قبل دفع القيمة لأن المال لا ينتفع به الا باذن المالك ورضائه ولهذا اربعة وجوه ·

الوجه الاول : اداء الغاصب بدل الضمان والثاني الحكم ببدل الضمان من الحاكم والثالث تراضي الطرفين على بدل معين والرابع ابراء الغاصب من المغصوب منه ·

والقياس هو حل الانتفاع بدون الرضاء لأن الغاصب قد ملك المغصوب قبل الضمان وله بيعه وهبته وتسليمه مع الحرمة اما وجه الاستحسان فهو ما ورد في الحديث الوارد بحق الشاة المذبوحة المشوية اذ ورد فيه [اطعموها الاسارى] فامر بالتصدق مع ان المالك معلوم وامره بالتصدق بها دل على انه ملكها وعلى حرمة الانتفاع قبل الارضاء · وقد حرم الانتفاع قبل الارضاء سداً لباب الغصب ·

وقد قال بعض الفقهاء بان الغاصب لا يملك المغصوب بمجرد التغيير بل يجب اداء الضمان او الحكم بالضمان او التراضي على البدل ولذا فاذا غصب رجل لقمة ومضغها ثم بلعها فهي حلال عند من قال بالرأي الاول وحرام عند اصحاب القول الثاني

[مثلا لو كان المال المغصوب حنطة وجعلها الغاصب بالطحن دقيقاً يضمن قيمة الحنطة و يكون الدقيق له] وليس للمالك اخذ الدقيق واذا خبز الغاصب الدقيق واطعمه للمغصوب منه فلا يكون قد سلمه حقه ولا يخلص من الضمان واذا ظهر مستحق للطحين بعد الطحن واثبته واخذه من الغاصب فلا يخلص الغاصب من الضمان اما لو ضبط بالاستحقاق قبل التغيير فلا ضمان على الغاصب .

و كذا اذا غصب الغاصب بيضة ووضعها تحت الدجاجة ففرخت يكون الفرخ له و يضمن قيمة ما غصبه و كذا اذا غصب دقيقاً فعجنه او غصب صوفاً فحاكه يضمن

كما ان من [غصب حنطة غيره وزرعها في ارضه يكون ضامناً للحنطة و يكون المحصول له]

لان زرع الحنطة اتلاف واستهلاك والاستهلاك يوجب الضمان كما ورد ذلك في المادة ٨٩١ و كان الاولى بالمجلة ان تذكر هذه الفقرة في المادة ٨٩١ المذكورة لا في هذه المادة . وكذلك لو غصب ارضاً من زيد وحنطة من عمرو وزرع الحنطة في الارض يضمن الحنطة سواء نبتت وتبدل اسمها او لم تنبت لوجود الاستهلاك من كل وجه (هدايه) . وكذا اذا ادخل الغاصب الخشب او الآجر المغصوب في بناءه يضمن لان رفع الخشب والآجر من البناء مضر بالغاصب ضرراً بلا مقابل وتركه للغاصب مضر بحق المغصوب منه الا ان ضرر المغصوب منه قد زال بمقابل التضمين وقد انتقل حقه من الملك الى المالية وهذا اخف من ضرر الغاصب على ان هذه الاموال كانت منقولة قبل ادخالها الى البناء وبعد ان ادخلت الى البناء صارت غير منقولة وغير المنقول هو غير المنقول

و ينقسم النقصان الذي يعرض على المغصوب وهو في يد الغاصب الى اربعة اقسام :

القسم الاول بتراجع سعر المغصوب بدون ان يتغير فهذا لا يوجب ضماناً على الغاصب اذا رد المغصوب في مكان الغصب لذلك [اذا تناقص سعر المغصوب وقيمته بعد الغصب فليس لصاحبه ان لا يقبله و يطالب بقيمته التي في زمان الغصب] اذا رده الغاصب في مكان الغصب سواء كان المغصوب مثلياً او قيمياً لأن تناقص السعر يحصل عن سقوط الرغبات لا عن فوات جزء من المغصوب وسقوط

الرغبات وفتورها هو شيء يحدثه الله تعالى في قلوب الناس والمغصوب واحد في الحالين وقائم في وجهه الاول فلا يجب التضمين فيه فاذا سقطت النقود المغصوبة من الرواج فليس للمغصوب منه مطالبة الغاصب بقيمة ما غصبه الا اذا اراد الغاصب تسليم المغصوب في غير مكان الغصب فالمالك مخير ان شاء طلب المغصوب في مكان الغصب وان شاء اخذ قيمته لان النقصان دخل من قبل الغاصب بنقله من هذا المكان فكان له ان يلزم الضرر ويطالب بالقيمة وله ان ينتظر ٠

القسم الثاني النقصان بفوات بعض جزء المغصوب وهذا النقصان يوجب الضمان ويقسم من وجهين الوجه الاول التقسيم بالنظر الى المقدار وهو عبارة عن النقصان الفاحش والنقصان اليسير كما سيبين تعريف وحكم ذلك في مثال هذه المادة الثاني ٠ والوجه الثاني التقسيم بالنظر للسبب وهذا ينقسم الى ثلاث صور وجميعها توجب الضمان ٠

فالصورة الاولى النقصان الحاصل في المغصوب بفعل الغاصب مثلاً [اذا طرأ على قيمة المغصوب نقصان بسبب استعمال الغاصب فيلزم الضمان] اي يلزم رد المغصوب وضمان قيمة ما نقص فيه لان المغصوب قد دخل بجميع اجزاءه في ملك الغاصب وقد وجب تضمين قيمة الجزء الذي تقدر رده ورد الباقي عيناً اذا كان المغصوب من غير الاموال الربوية اما في الربوي فلا يمكن ضمان النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربوا ٠ واذا زال هذا النقصان عاد الغاصب على المالك بما ضمنه لان الضمان بمقابل النقصان فيزول بزواله فاذا غصب دابة ومرضت وردها مريضة وضمن قيمة نقصانها ثم برأت من مرضها رجع بما ضمنه ٠ ولا يشترط لهذا الضمان استعمال المغصوب فاذا نقصت قيمته بدون استعمال الغاصب او بآفة سماويه كالمرض يضمن لان كلمة استعمال الواردة في هذه المادة ليست بقيد احترازي

واذا قيل بان المبيع اذا تعيب وهو في ملك البائع فلا يسقط من قيمته شيء والمشتري ان شاء اخذ المبيع بثمنه وان شاء تركه للبائع اما في الغصب فقد وجب تضمين النقصان والمغصوب والمبيع مضموتان فنقول بان ضمان المبيع ضمان عقد والاوصاف لا تضمن في العقد لان العقد يرد على الاعيان لا على الاوصاف لانها تابعة للاعيان اما الضمان في المغصوب فهو ضمان قبض والقبض يرد على الذات التي تلبس الاوصاف بجميع اجزاءها لذلك فالاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد ٠

[مثلاً اذا ضعف الحيوان الذي غصب ورده الغاصب الى صاحبه فيلزم ضمان نقصان قيمته] وكذا اذا اخذ احد تراباً من عرصة الآخر فيدفع قيمته اذا كان ذا قيمة في ارضه ويدفع نقصان الارض اذا احدث الآخذ نقصاناً بها والا فلا ويجبر على املاء الحفرة التي احدثها .

الصورة الثانية النقصان الحاصل في المغصوب وهو في يد الغاصب بفعل فاعل آخر فالمالك مخير ان شاء ضمن الغاصب وهذا يرجع على الفاعل وان شاء ضمن الفاعل ولا يرجع على الغاصب .

الصورة الثالثة النقصان الحاصل في المغصوب بآفة سماوية كمرض الحيوان المغصوب في يد الغاصب ورده مريضاً فالغاصب يضمن نقصان القيمة لان الألم في المرض يحصل شيئاً بعد شيء ثم يقع الموت من مجموع الآلام وكذا اذا غصب الغاصب حماراً فمرض في يده وتعطلت رجله فاذا كان قادراً على المشي مع العرج يضمن الغاصب نقصان القيمة واذا كان غير قادر على المشي اصلاً يضمن الغاصب مجموع القيمة .

[كذلك اذا شق الثوب الذي غصب وطرأ بذلك على قيمته نقصان فان كان النقصان يسيراً يعني لم يكن بالغاً ربع قيمة المغصوب فعلى الغاصب ضمان نقصان قيمته وان كان فاحشاً أعني ان كان النقصان مساوياً لربع قيمته او ازيد فالمغصوب منه بالخيار ان شاء ضمنه نقصان القيمة وان شاء تركه للغاصب واخذ منه تمام قيمته] لان بعض المغصوب غير موجود بهذا الوجه ولان الثوب لا يصلح بعد الخرق لكل ما كان يصلح له قبل الخرق وموجود حقيقة من وجه آخر فالثوب موجود مع بعض منافعه ولذا فالمغصوب منه مخير ان شاء نظر الى الاستهلاك وضمن الغاصب وان شاء نظر الى الوجود واستلم المغصوب منه نقصان القيمة ويشمل حكم هذه المادة جميع الاموال كالثوب وغيره ما عدا الاموال الربوية وفيها يخير صاحبها اما ان يتركها ويأخذ مجموع قيمتها واما ان يأخذها ولا يضمن الغاصب شيئاً لان تضمين النقصان في هذه الاموال يحمل على الربوا كمن كسرت ليرته فانه يأخذها مكسورة او يضمن الغاصب مثلها (هدية) وكذا اذا قطع احد اغصان شجرة رجل آخر فيضمن قيمة الشجرة كلها اذا كان القطع احدث نقصاناً فاحشاً فيها والا يضمن نقصان قيمتها

وكذا اذا غصب حيواناً وقطع ارجله يضمن مجموع قيمته واذا عطلها وكان الحيوان قادراً على المشي يضمن نقصان قيمته الا اذا كان مما يؤكل لحمه فالمغصوب منه بالخيار ان شاء ضمن الغاصب مجموع قيمته وان شاء ضمنه نقصان القيمة واخذه منه لامكان الانتفاع بلحمه ٠

وكذا كلمة الشق الوارد ذكرها في هذه المادة يقصد منها الاحتراز من عدم اجراء صنعة متقومة في المغصوب فتفصيل المغصوب اذا كان قماشاً واستعماله اذا كان لباساً هو بحكم الشق اما احداث الصنعة فيه فهو قطع لحق المغصوب منه وموجب لتضمين كل القيمة اما مقدار النقصان الذي يعد فاحشاً فهو ربع القيمة على القول الراجح ٠

القسم الثالث هو النقصان الحاصل في المغصوب بفوات الوصف المرغوب كصياغة الفضة والذهب وجفاف الحبوب وزوال سمع العبد او بصره او يده وهذا النقصان يوجب التضمين فيما عدا الاموال الربوية فاذا غصب الغاصب حنطة وعفنت او غصب دواة ذهبيه وكسرها فللمغصوب منه الخيار ان شاء ضمن الغاصب مجموع القيمة وان شاء اخذ المغصوب ولا يضن الغاصب النقصان

القسم الرابع هو النقصان الحاصل في المغصوب بفوات المعنى المرغوب كالعبد المغصوب اذا نسي صنعته او العبد الشاب اذا شاخ وهرم في يد الغاصب فهذا النقصان يوجب الضمان ايضاً ٠

المادة ٩٠١ [الحال الذي هو مساوٍ للغصب في ازالة التصرف حكمه حكم الغصب كما ان المستودع اذا انكر الوديعة يكون في حكم الغاصب وبعد الانكار اذا تلفت الوديعة في يده بلا تعد يكون ضامناً] سواء رفع الوديعة من مكانها بعد الانكار ام لم يرفعها لان المستودع اذا رفع الوديعة بعد الانكار من مكانها يضمنها بالاتفاق واذا لم يرفعها من مكانها فيه خلاف فمن الفقهاء من قال بالتضمين ومنهم من قال بعدمه كما فصل ذلك في شرح المادة ٧٧٩

واذا تعدى المشتري على المال المباع وفاء وتلف في يده او حبس الاجير الذي لا اثر بصنعته المأجور او تجاوز فيه المحل المتفق عليه يضمن المبيع والمأجور ٠

وكذا اذا كفل كفالة مقيدة بالدفع من العين الامانة وسلمها لصاحبها وتحول حوالة مقيدة بالعين الامانة وسلمها لصاحبها يضمن الكفيل والمحال عليه ٠ وكذا اذا استعمل الضيف القدح بعد نهي صاحب الدار من استعماله وتلف في يده يضمن ٠ وكذا اذا لم ينفق المستعير على الحيوان المعار وتلف يضمن ٠ وكذا اذا ذهب المستعير بالدابة التي استعارها من طريق غير معتاد وتلفت

في يده وكذا اذا سلم الولي او الوصي الى الصغير ماله قبل اثبات رشده واتلف الصغير المال وكذا اذا اعار احد الشركاء الدابة المشتركة او آجرها بدون اذن الشريك وتلفت فالضمان على المستعير والولي والوصي والشريك . وكذا اذا وكل احد وكيلاً لدفع دين واوصاه بان يظهر الدفع على السند او ان يسترد السند فدفع الوكيل المبلغ ولم يظهر السند وانكر القابض القبض والدفع فالضمان على الوكيل .

المادة ٩٠٢ [لو خرج ملك احد من يده بلا قصد مثلاً لو سقط جبل بما عليه من الروضه على الروضة التي تحته يتبع الاقل في القيمة الاكثر يعني صاحب الارض التي قيمتها اكثر يضمن لصاحب الاقل ويمتلك تلك الارض مثلاً لو كان قبل الانهدام قيمة الروضة الفوقانية خمسمائة وقيمة التحتانية الفاً يضمن صاحب الثانية لصاحب الاولى قيمتها ويتملكها كما اذا سقط من يد احد لؤلؤ قيمته خمسون والتقطته دجاجة قيمتها خمسة فصاحب اللؤلؤ يعطي الخمسة ويأخذ الدجاجة انظر الى مادة ٢٧ و ٢٨ و ٢٩]

لان الضرر الاشد يزال بالضرر الاخف ولان صاحب الروضة واللؤلؤ لم يكن غاصباً ولا متعدياً على مال غيره اما اذا غصب الغاصب ارضاً وانشأ فيها ابنية فلا يتبع الاقل الاكثر راجع شرح المادة ٩٠٦ . وكذا لو استعار المودع من غيره بيتاً وادخل فيه فصيلاً فانه يقال لصاحب الفصيل ان امكنك اخرج الفصيل والا فانحره واجعله ارباً دفعاً للضرر عن صاحب البيت . وكذا اذا كبر الفصيل المستودع وصار لا يخرج من دار المستودع بدون هدم الجدار يتبع الاقل الاكثر .

وكذلك اذا نبتت شجرة القرع ودخلت في حب احد الجوار وصارت لا تخرج منه بدون ان يكسر فلصاحب الاكثر دفع قيمة الاقل وكذا البعير اذا ابتلع لؤلؤة اكثر قيمة منه فلصاحبها ان يدفع قيمة البعير وان كان ثمن اللؤلؤة شيئاً يسيراً فلا شيء على صاحب البعير (خانيه) .

واذا كانت قيمتهما متساوية فاذا اتفق الطرفان على ان يضمن احدهما للآخر او على ان يباع المالان ويقسم بدلها بينهما فبها والا يباع المالان ويقسم البدل بينهما على السوية (خانيه) .

واذا ابتلع الانسان مال غيره يضمن ما بلعه واذا توفي ينظر فاذا كان ما ابتلعه يفسد في معدته فلا يشق بطنه واذا كان ما لا يفسد في بطنه يشق بطنه ويخرج ما ابتلعه ·

وقد قبلت هذه المادة على وجهها لانه ليس في مثل هذه الحوادث فعل عدواني من قبل صاحب الاكثر الممتلك اما لو حصل تعد من قبل صاحب الاكثر فالحكم كذلك ايضاً عند الكرخي ويؤمر المتعدي بازالة ماله الموضوع عدواناً عند القهستاني وهو الراجح وقول المادة (بلا قصد) دليل على ترجيح هذا القول ·

المادة ٩٠٣ [زوائد المغصوب الحاصلة في يد الغاصب هي لصاحبه وهي ماله] وواجبة الرد له لانها نماء المال ويد الغاصب عليها يد امانة لانه لم يرفع اليد المحقة عنها واذا اتلف الغاصب هذه الزوائد يضمن قيمتها ·

وقد وردت قيمة الزوائد مطلقة في هذه المادة فسواء كانت متصلة متولدة كالسمن والصوف والكبر او منفصلة متولدة كالفلو والبيض والتمر فللمغصوب منه استرداد المغصوب مع زوائده ولا يدفع للغاصب اجرة حفظ ولا مصرف علف · وكذا اذا غصب احد شجرة التمر ولقحها وسقاها فالمحصول لصاحب الشجرة ولا شيء للغاصب بمقابل خدمته وصرفه ·

ويجب حصول الزوائد في المال المغصوب وهو في يد الغاصب لان الزوائد التي حصلت في يد المغصوب منه قبل الغصب مضمونة من كل الوجوه وهي ليست بزوائد فاذا غصب الغاصب الكرم مع ما عليه من العنب يضمن الكرم والعنب ولو تلف بدون بعد وتقصير اما اذا غصب الكرم واثمر وهو في يده وتلف بدون تعد فيضمن الغاصب الكرم دون الثمر ·

ويجب ان تكون تلك الزيادة متولدة لان الزوائد غير المتولدة كالمنافع فهي ليست بمال المغصوب منه ولا يضمنها الغاصب سواء استهلكها كسكنى الدار واجرتها وعطلها بعدم استعمالها وعدم ايجارها واذا اجر الغاصب المال المغصوب وادعي المغصوب منه بانه امره بايجاره وانكر الغاصب ذلك فالقول قول المغصوب منه واذا آجر الغاصب المغصوب وقبض اجرته وانقضت مدة الاجارة وادعى المغصوب منه الاجازة فلا يقبل قوله ·

ويجب على الغاصب رد هذه الزيادة عيناً اذا كانت موجودة واذا استهلكها الغاصب يضمنها سواء كانت متصلة او منفصلة فالزوائد المنفصلة سواء استهلكها الغاصب او باعها وسلمها يضمن

قيمتها لان التعدي يثبت بالاستهلاك و بالتسليم الى المشتري والمالك مخير ان شاء ضمن الغاصب وان شاء ضمن المشتري قيمة الزيادة وقت البيع والتسليم وكذا الحكم في الوديعة فان التعدي فيها لا يثبت بمجرد البيع بل بالبيع والتسليم واذا قيل بان الزيادة حصلت بيد الغاصب فالاولى ان لا يضمنها قلنا ان المغصوب منه قادر على اخذ المغصوب من يد الغاضب ولما باعه الغاصب وسلمه قد ازال منه ملك المغصوب منه . اما الزوائد المتصلة فهي غير مضمونة بالاستهلاك عند الامام الاعظم ومضمونة عند الامامين فاذا باع الغاصب المغصوب مع الزيادة المتصلة وسلمها فللمغصوب منه استرداد المغصوب والزيادة معاً اذا كانا موجودين واذا تلفا فالمغصوب منه مخير ان شاء ضمن الغاصب قيمتها وقت الغصب وان شاء ضمن المشتري قيمتها وقت القبض وليس للمغصوب منه تضمين قيمة الزيادة فقط للغاصب لان الوصف لا شيئ له من الثمن والبيع لم يرد على الزيادة والزيادة وحدها ليست مضمونة اما الامامان فقد قالا بتضمين الزيادة فقط لان الغاصب لما باع المغصوب والزيادة فقد حرم المغصوب منه من استردادها منه ومنعه من التصرف بها . وكذا اذا طلب المغصوب منه الزيادة المتصلة كسمن الدابة من الغاصب وامتنع من تسليمها له وتلفت لا يضمنها الغاصب عند الامام واذا طلبها مع المغصوب وتمنع الغاصب من تسليمها معاً وتلفت يضمن لعدم امكان تسليم الزيادة وحدها وامكان تسليمها مع المال المغصوب .

[مثلاً اذا استهلك الغاصب لبن الحيوان المغصوب او فلوه الحاصلين حال كون المغصوب في يده او ثمر البستان المغصوب الذي حصل حال كون المغصوب في يده ضمنها حيث انها اموال المغصوب منه] ولو حصل في المغصوب غيرها بعد الاستهلاك فاذا غصب الغاصب الغنمة واخذ بعد الغصب صوفها الذي حصل بها وهي في يده واستهلكه يضمنه ولو حصل بعد ذلك غيره في المغصوب وهو في يده .

وكذا اذا استهلك احد الشريكين البان الاغنام المشتركة الحاصلة والاغنام في يده يضمن حصة شريكه . وقد قيدت المجلة هذا المثال بقيد الاستهلاك لان الزوائد المذكورة اذا تلفت حتف انفها لا تضمن عند الحنفية لان الغاصب لم يرفع يد المالك عنها . واذا قيل ان الدابة اذا غصبت وهي حامل فالغاصب يرفع اليد المحقة عنها وعن الحمل بالغصب . قلنا ان الحمل ليس بمال قبل

الانفصال فلا يصدق عليه تعريف اثبات اليد على مال الغير . اما الامام الشافعي فقد قال بتضمين الزيادات مطلقاً لانه عرف الغصب باثبات اليد على مال الغير بدون اذن صاحب المال ولم ير لزوماً لرفع اليد المحقة واحداث اليد المبطلة .

و كذا اذا اعار الشريك الدابة المشتركة بدون اذن شريكه وركبها المستعير ووضعت حملها قبل ميعادها ونقصت قيمتها بسبب وضع الحمل وتلف الحمل بعد الوضع فللشريك تضمين نقصان قيمة الدابة دون الحمل الا اذا اتلف بتعد او بعد الامتناع عن التسليم

[كذلك لو اغتصب احد بيت نحل العسل مع النحل واستردها المغصوب منه يأخذ ايضاً العسل الذي حصل عند الغاصب]

المادة ٩٠٤ [عسل النحل التي اتخذت في روضة احد مأوى هو لصاحب الروضة واذا اخذ واستهلكها غيره يضمن] لان العسل مملوك كالعشب الحاصل في الارض بعمل الانسان اما العشب النابت بدون عمل فهو مباح خلافاً للاشجار ولو غير مثمرة فانها ملك من نبتت في ارضه راجع المادة ١٢٤٤ .

وقد ورد في هذه المادة ان العسل مضمون وهذا خلاف للنحل فانه مباح ولاي كان اخذه لان صاحب الروضة لا يملكه لكن العسل حيث صنع في روضته فقد ملكه اما بيض الطيور التي اتخذت مأوي فى ملك احد فهو مباح لان الطير كالنحل لا يملك وبيضه لا يملك ايضاً لانه لايلبث ان يفرخ ويطير ومن هذا يتضح الفرق بين هذه المادة والفقرة الاخيرة من المادة السابقة .

* * *

الفصل الثاني

في بيان المسائل المتعلقة بغصب العقار

غصب العقار يتضمن حكمين الاول ضمان الرد يعنى رده وتسليمه لصاحبه اذا كان موجوداً وهذا متفق عليه بين الفقهاء . والثاني ضمان البدل فالشيخان قالا بعدم جريان الغصب به اي ان من وجد داراً خالياً من السكان ودخل بها وسكنها لا يعد غاصباً واذا هلك العقار بدون التعدي

والتقصير لا يضمن لان العقار لا ينقل ولا يحول من مكانه فلا تزال اليد فيه بالفعل كالاعيان لان الاعيان تؤخذ من صاحبها بفعل يحدثه الفاعل في العين اما العقارات فتؤخذ من صاحبها بفعل يحدثه الفاعل في الملك فالعقار تزال منه اليد المحقة باخراج المالك منه وهذه الازالة تحصل بالساكن لا بالعين اي تحصل باخراج الساكن لذلك اذا ابعد رجل آخر عن داره او منعه من دخولها وتلفت لا يضمن . وكذا لا يضمن بيبس الزرع والشجر في غصب الارض والكرم لانهما لم ينقلا عن محلها وهما في حكم العقار . وقال الامام محمد بلزوم الضمان في العقار لان الاستيلاء على العقار يقوم مقام ازالة اليد المحقة لان المبطل اذا وضع يده على العقار تعذر بقاء اليد المحقة عليه لان جمع السيدين المختلفين في العقار الواحد مستحيل ولان احديها موجبة للضمان والاخرى ليست بموجبة بخلاف اجتماع السيدين المتوافقتين فانه يجوز كالشريكين في عين واحدة من جنس واحد ولم يتفق الامام المشار اليه مع الامام الشافعي بهذا الرأي لانه لم ير تضمين زوائد المغصوب ولم يقل بان اثبات يد العدوان على العقار كافية للضمان وقال زفر والأئمة الثلاثة بتضمين الغاصب في العقار مطلقاً وثمرة الخلاف تظهر في المسئلتين الآتي بيانهما .

المسئلة الاولى اذا غصب الغاصب داراً وباعها وسلمها من غيره ثم اقر بالغصب والبيع وانكر المشتري الغصب ولم يثبت المغصوب منه ملكه الدار المغصوبة لا يضمن الغاصب شيئاً ولا يعمل باقراره لان الاتلاف وقع بسبب العجز عن اقامة البينة لا بسبب البيع والتسليم ولان العقار لا يغصب عند الشيخين وهو المفتى به اما الامام الشافعي ومحمد فقد قالا بتضمين الغاصب لاقراره ولو عجز المغصوب منه عن الاثبات .

المسئلة الثانية : زوائد المغصوب فانها مضمونة عند الشافعي وغير مضمونة عند الحنفية . يستثنى من ضابطة العقار لا يضمن عقار الوقف عند محمد فانه مضمون وعليه الفتوى . وكذا اليتيم والمال المعد للاستغلال فانه مضمون بالغصب .

ويضمن العقار بست مسائل (١) عقار الوقف وتؤخذ قيمته من الغاصب ويشترى بها عقار للوقف (٢) عقار اليتيم (٣) العقار المعد للاستغلال (٤) اذا بيع العقار المغصوب وسلم من الغاصب الى المشتري (٥) العقار المودوع اذا انكره المستودع وتلف يضمنه المستودع (٦) اذا رجع الشهود الذين شهدوا بملكية المدعي للعقار عن شهادتهم بعد الحكم يضمنون في قيمة العقار

عند محمد والشافعي وهذا ظاهر واما على قول ابي حنيفة وابي يوسف فكأنه اتلاف والعقار يضمن به والشهود انما يضمنون بالرجوع لكونه ضمان اتلاف لا ضمان غصب حتى لو اقام الشاهد بينة ان العقار له لا تقبل بينته ولو كان غصباً لقبلت . وبما ان المجلة قد قبلت مذهب الشيخين في غصب العقار لذلك كان عنوان هذا الفصل اما من قبيل المجاز على سبيل المشاكلة كقوله (تعلم ما في نفسي ولا اعلم ما في نفسك) و (جزاء سيئة سيئة مثلها) واما من قبيل استعمال الغصب بمعناه اللغوي لان الغصب لغة هو عبارة عن الاخذ بالتغلب والاخذ بالتغلب لا يشترط فيه ازالة يد المالك وهذا يتحقق بالعقار .

المادة ٩٠٥ [المغصوب ان كان عقاراً يلزم الغاصب رده الى صاحبه من دون ان يغيره وينقصه] بالاتفاق لان المال يرد لصاحبه اذا كان موجوداً [واذا طرأ على قيمة ذلك العقار نقصان بصنع الغاصب وفعله يضمن قيمته] ضمان اتلاف لا ضمان غصب لان العقار لا يغصب وكذلك الحكم بالمنقول فان قيمته اذا نقصت بصنع الغاصب يضمن قيمته واذا رفع التراب من ارض الغير اذا لم يكن للتراب قيمة في ذلك الموضع ان نقصت الارض برفعه ضمن النقصان وان لم تنقص فلا شيء عليه ولا يؤمر بالكبس وان قال بعض العلماء وان كان للتراب قيمة في ذلك الموضع ضمن قيمته تمكن النقصان في الارض او لم يتمكن ومن حفر حفرة بارض غيره واضر ذلك بارضه يضمن النقصان واذا لم يضر ذلك بارضه لا شيء عليه . اما النقصان الوارد في هذه المادة فيختص بالنقصان الذي هو دون الربع فاذا كان اكثر من قيمة ربع العقار فالمغصوب منه مخير ان شاء ترك العقار للغاصب وضمنه قيمته وان شاء اخذه وضمن الغاصب مقدار النقصان (راجع شرح المادة ٩٠٠) .

[مثلاً لو هدم احد محلاً من الدار التي غصبها او انهدم بسبب سكناه وطرأ على قيمتها نقصان يضمن مقدار النقصان] واذا هدم جميع الدار المغصوبة يضمن قيمة بناء الدار مبنياً لا قيمة العرصة لانها قائمة ، يشترط انهدام المغصوب بسكنى الغاصب اما اذا هدم او طرأ نقص على قيمته بآفة سماوية فلا يضمن الغاصب منه شيئاً عند الشيخين والفرق بين صنع

الغاصب وعدم صنعه بالتلف ظاهر لان الصنع اتلاف والضمان بسبب الاتلاف لا بسبب الغصب كالانسان الحر فانه ليس بمال لكنه مضمون بالاتلاف ٠

ويجبر الغاصب لضمان قيمة ما اتلفه ولا يجبر لاعادة البناء المتلف الى ما كان عليه كما سيبين ذلك في المادة ٩١٨

[كذلك لو احترقت الدار من النار التي اوقدها الغاصب يضمن قيمتها مبنية] بالاتفاق سواء اضرم النار على الوجه المعتاد او لا خلافاً للمستأجر فانه لا يضمن المأجور الذي حرق بسبب اضرامه النار على الوجه المعتاد لان اقامة المستأجر في المأجور مستندة الى عقد اما اقامة الغاصب في المغصوب فهي غير مشروعة وظلم ٠ ولا يضمن الغاصب العقار الذي حرق بسبب حريق ظهر في المحلة عند الشيخين و يضمنه عند محمد وكذلك الحكم في الارض المغصوبة التي خرب السيل بناءها وشجرها

وقد قيدت المجلة الحريق بفعل الغاصب لانه اذا حصل بفعل اجنبي فالضمان على الاجنبي عند الشيخين وعلى ايهما شاء المغصوب عند محمد واذا ضمن المغصوب منه الغاصب يرجع الغاصب على الفاعل واذا ضمن الفاعل لا يرجع على الغاصب لان الفعل يضاف الى فاعله

المادة ٩٠٦ [ان كان المغصوب ارضاً وكان الغاصب انشأ عليها بناءً او غرس فيها اشجاراً يؤمر الغاصب بقلعها] حالاً اذا كان قلعها لا يضر بالارض وليس للغاصب ان يمتنع من قلع الاشجار والبناء بداعي ان قيمتها تزيد عن قيمة الارض وليس للمغصوب منه ان يطلب امتلاكها اذا كان قلعها لا يضر بارضه ٠ وكذا اذا غرس احد اشجاراً في حرم نهر طاحون آخر فلصاحب الطاحون قلع تلك الاشجار ٠ وكذا اذا غرس الزوج لنفسه في ارض زوجته اشجاراً بدون اذنها وماتت فليس لورثتها ان يطلبوا ابقاء الاشجار في ارضهم اذا كان رفعها لا يضر بالارض ٠ وكلمة ارض في هذه المادة من وجه احترازية ومن وجه غير احترازية فغير احترازية لان المستأجر اذا عمر العقار المأجور باذن من لا ولاية له عليه فللمستأجر رفع ما وضعه ٠ واحترازية لان من غصب ساحة وادخلها في بناءه يجب عليه اداء قيمتها ولا يجوز للغاصب ان يهدم بناءه و يسلم المغصوب عيناً لصاحبه اذا كان الحاكم قد حكم بالبدل واذا كان الحاكم لم يحكم بالبدل فللغاصب هدم البناء وتسليم المغصوب لصاحبه الا ان بعض الفقهاء لم يجيزوا

ذلك ايضاً لما هنالك من الضرر الذي يلحق بالغاصب بدون جدوى . وفي الخانية رجل غصب ساحة وادخلها في بناءه فانه يملك الساحة وعليه قيمتها فاذا كانت قيمة الساحة والبناء سواء فان اصطلحا جاز وان تنازعا يباع البناء عليهما و يقسم الثمن بينهما على قدر مالهما .

وعلى الغاصب القلع حالاً كما اشير الى ذلك عند شرح هذه المادة حتى اذا طلب المغصوب منه قلع ما غرسه الغاصب في ارضه في موسم الصيف يوءمر الغاصب بالقلع ولو كان مضراً بحقه ولا يمهل الغاصب بدون رضاء المغصوب منه و يوءمر الغاصب بالقلع واذا تغيب راجع المغصوب منه الحاكم ورفع المغصوب باذنه ورجع على الغاصب بمئونة الرفع وللغاصب القلع بدون اذن الحاكم ايضاً انما ليس له تخريب ما قلعه وليس للغاصب ان يطلب اجرة عمل او عطل وضرر وقد ورد في الحديث (ليس لعرق غاصب حق) على ان حق المغصوب منه موجود بذاته ولا يوجد سبب من الاسباب لامتلاك الغاصب ملك المغصوب منه فكما ان من وضع طعاماً في وعاء جاره يوءمر بتفريغ الوعاء وتخليته فان من زرع اشجاراً بارض غيره يوءمر حالاً بقلعها وتخليتها .

وكذا اذا عمر احد الشركاء في الملك المشترك عمارة لقسم من العرصة فاذا ظهر البناء بحصته كان ذلك له واذا ظهر بحصة شريكه كان له طلب رفعه وهدمه الا اذا كان رفعه مضراً بالارض .

وكذا رجل غصب ارضاً متروكة لاهل قرية وغرسها شجراً و بنى فيها بناء يراجع اهل القريه الحاكم و يقلعون الشجر والبناء

وقد اختلف الفقهاء بقلع البناء والشجر اذا كانت قيمته اكثر من قيمة الارض المغصوبة فمنهم من قال بلزوم قلع البناء والشجر من الارض المغصوبة سواء كانت قيمة الشجر اكثر من قيمة الارض او اقل منها لان الغاصب جانٍ ولا ينظر الى منفعة الجاني في جناية ارتكبها سداً لباب الظلم وهذا ما اختارته المجلة كما يفهم من متن هذه المادة ومنهم من جعل الاقل تابعاً للأكثر وهذا الخلاف جار بالاراضي المملوكة اما الاوقاف فان الغاصب يوءمر بالقلع فيها مطلقاً . [وان كان القلع مضراً ضرراً فاحشاً فللمغصوب منه ان يعطى قيمته مستحق القلع ويضبطه] لان بضبط الشجر فائدة للطرفين واذا كان القلع مضراً ضرراً يسيراً يقلع الشجر والبناء وتسلم الارض لصاحبها و يضمن الغاصب نقصان الارض . وقد وجب اعطاء

قيمة البناء والشجر باعتباره مستحق القلع لا قائماً لان الغاصب لا حق له بابقاء بناءه وشجره بالارض المغصوبة . وكذلك حكم تشجير المستاجر وبناءه الذي يضعه في المأجور اثناء مدة ايجاره راجع المادة (٥٣١)

ولصاحب الارض وحده طلب قلع الشجر والبناء ورفعه من ارضه ولو كان مضراً بها لان حق القلع والابقاء منحصر بالمغصوب منه وقاية له من الضرر . [ولكن لو كانت قيمة الاشجار او البناء اكثر من قيمة الارض وكان انشأ او غرس بزعم وسبب شرعي كان حينئذ لصاحب البناء او الاشجار ان يعطي قيمة الارض ويتملكها] ولو لم يرض صاحب الارض بذلك واذا كانت قيمة الارض مساوية لقيمة البناء والشجر يكلف الطرفان للاتفاق بان يدفع احدهما للآخر قيمة ملكه واذا لم يتفقا تباع الارض .البناء او الشجر وتقسم القيمة بينهما [مثلا لو انشأ احد على العرصة الموروثة له من والده بناءً بمصرف ازيد من قيمة العرصة ثم ظهر لها مستحق فالباني يعطي قيمة العرصة ويضبطها] ويعتبر قيمة البناء لا ما صرفه صاحب البناء فاذا صرف مبلغاً زائداً عن الحد والقيمة تعتبر القيمة لا ما صرفه صاحب البناء ولا يقال بان المجلة قيدت ذلك بما صرفه الباني لان كلمتي (بمصرف ازيد) الواردتين في هذه المادة لا يقصد بهما الا اذا كان المصروف معادلاً للقيمة .

ولا بد من الزعم الشرعي وهو الارث او ما قام مقامه فالغصب او الاستئجار لا يكون زعماً شرعياً اما الشراء والايهاب وقبول الصدقة ,ان كانوا كالارث الا ان الفقهاء قد اخرجوا مسائل توجب عدم اعتبار الزعم الشرعي بها فقد ورد في فتاوي ابي السعود العمادي اذا باعت هند دارها بحدودها الى زيد وبعد ان عمرها المشتري ادعت جارته زينب بان ارض الجدار لها واثبتت دعواها يقلع الجدار ويهدم ولو كانت قيمة بناءه اكثر من قيمة ارضها وفي جامع الفصولين اذا اشترى رجل داراً وبعد ان عمر فيها ضبط نصفها بالاستحقاق يجبر المشتري على قلع بناءه لعدم اذن شريكه ولو كان البائع اثنين والمشتري واحداً وللمشتري الخيار ان شاء اخذ انقاض البناء ولا يرجع على بائعه بشيء لان اخذه الانقاض ابراء للبائع بما زاد عنها وان شاء ترك الانقاض الى البائع وضمن البائع قيمة بناءه مبنياً .

وفي الهندية اذا اشترى رجل داراً من غاصب وهدمها وادخلها لبنائه ثم حضر مالكها ينظر فاذا كان البناء قليلاً ويمكن رفعه يرفع ويرد المغصوب للمالك واذا كان البناء كثيراً ورفعه متعذراً ويحتاج الى زمان فالمالك بالخيار ان شاء طلب رفع البناء وان شاء ضمن المشتري قيمة الارض والبناء .

ولا بد من اجل معرفة احكام الغرس والبناء في ملك الغير بصورة واضحة من تقسيم الاراضي وايضاح حكم الغرس والبناء الواقع في كل منها فالارض تنقسم الى خمسة اقسام

القسم الاول : الارض المملوكة وهي العرصات المملوكة والاراضي العشرية والخراجية فالبناء والغرس في هذه الاراضي اما ان يقع من الشريك وهذا حكمه مسطر في المادة ١١٧٣ واما ان يقع من غير الشريك ولهذا اربعة وجوه .

الوجه الاول : البناء والغرس لنفس الباني والغارس باذن صاحب الارض فالاذن على هذا الوجه اما ايجار وحكمه مدرج في المادة ٥٣١ واما اعارة وحكمه مذكور في المادة ٨٣١

الوجه الثاني ان يبني الباني او يغرس لصاحب الملك باذنه وحكم ذلك مدرج في المادة ١٥٠٨ أ ويكون البناء والشجر ملك صاحب الارض وللمأجور الرجوع بما صرفه لان الملك له وقد صح امره بذلك فينتقل الفعل له ويكون كأنه هو الذي عمره فبقي على ملكه وهو غير مقطوع في الانقاض ويرجع عليه لصحة امره له كالمأمور بقضاء الدين (واقعات المفتين) .

الوجه الثالث : ان يبني الباني البناء او يغرس الغراس لصاحب الارض بدون اذنه فالبناء والشجر لصاحب الارض والباني متبرع بما صرفه (راجع المادة ١٥٠٨) . لانه لا ولاية له في ايجاب ذلك عليه وقد ملكه صاحب الارض برضاء الباني فكان الباني متبرعاً (واقعات المفتيين) .

الوجه الرابع ان يبني الباني البناء او الغارس الغراس لنفسه بدون اذن صاحب الارض وهذا حكمه مسطر في هذه المادة اي ان البناء للباني لان لوازم البناء هي ملك الباني والمال لا يؤخذ من صاحبه بدون رضاه ولصاحب الارض رفع البناء والغراس من ارضه .

القسم الثاني الاراضي الاميرية والبناء والغراس فيها اما ان يقع من الشريك وحكم ذلك مستفاد من المادة ١١٧٣ مثلاً اذا احدث احد الشركاء بجميع الارض الاميرية المشتركة بناءً او غراساً وطلب الشريك الآخر رفعها وكانت الارض غير قابلة للقسمة او كانت قابلة للقسمة

ولم يطلب احد الشريكين القسمة ترفع تلك الاشجار والابنية واذا كانت الاراضي قابلة للقسمة وطلب احد الشركاء قسمتها فتقسم ويأخذ صاحب البناء والشجر مقسمه مع ما فيه من البناء والشجر ويرفع ما بناه وما غرسه في الحصة الباقية . واذا كان البناء والغراس في قسم من الارض تقسم ايضاً فاذا خرج البناء والغراس في حصة صاحبه بعد القسمة كان ذلك له واذا خرج في حصة شريكه يرفع

واذا بنى او غرس في الارض الجارية بتصرف غيره مستقلاً فاما ان يبني ويغرس لنفسهُ باذن المتصرف ويكون الاذن اما اجارة واما اعارة كما مر ذلك مفصلاً .

واذا بنى في الارض الجاريه بتصرف غيره مستقلاً للمتصرف في الارض باذنه يكون البناء والشجر للمتصرف وللباني الرجوع بمصروفه .

واذا بنى في الارض الجارية بتصرف غيره مستقلاً للمتصرف في الارض بدون اذنه يكون البناء والشجر للمتصرف في الارض والباني متبرع بما صرفه .

واذا بنى في الارض الجارية بتصرف غيره مستقلاً لنفسه بدون اذن المتصرف في الارض فللمتصرف قلع البناء اذا كان قلعه لا يضر بالارض الا اذا كان البناء والغراس اكثر قيمة من الارض وكان للباني زعماً شرعياً .

القسم الثالث : الارض الموقوفة للبناء وغرس الاشجار فيها خمسة وجوه :

الوجه الاول : ان يبني المتولي بمال الوقف لجهة الوقف الجاري بتوليته ويكون البناء للوقف ولو اشهد المتولي بانه يبني لنفسه سواء ذكر المتولي حين البناء بانه بنى ذلك لجهة الوقف او لم يذكر .

الوجه الثاني : ان يبني المتولي بماله في الوقف الجاري بتوليته فالبناء للوقف ايضاً الا اذا اشهد المتولي حين البناء انه يبني ذلك لنفسه ويكون المتولي غاصباً لارض الوقف واذا كان الباني هو الواقف يكون غاصباً للموقوف والبناء له ولو لم يشهد على ذلك وسكت حين الوقف .

الوجه الثالث ان يقع البناء والغرس من اجنبي باذن المتولي بشرط الرجوع على الوقف فالبناء والغراس للوقف ويرجع صاحب البناء والغراس على المتولي بما صرفه .

الوجه الرابع : ان يقع البناء والغرس من اجنبي بدون اذن المتولي لجهة الوقف فالبناء والغراس للوقف ويكون الباني والغارس متبرعاً بما صرفه وليس له طلب مصرف من جهة الوقف ولا رفع

بناءه وغراسه الا اذا كان الاجنبي قد غير بناءه الوقف تغييراً مضراً فيؤمر بارجاع الوقف الى ما كان عليه (راجع شرح المادة ٥٣٠)

الوجه الخامس : ان يقع البناء والغرس من اجنبي بدون اذن المتولي لنفس الباني وصاحب الغراس او ان يبني ويغرس مطلقاً دون ان يذكر بانه يبني لنفسه او لجهة الوقف ففي هذه الصورة يكون البناء والشجر للباني والغارس

واذا حرق العقار الجاري التصرف فيه بالاجارتين و بناه المتصرف مجدداً فالبناء للمتصرف ولا يكون تبرعاً لجهة الوقف ولو ذكر بسند التصرف ان كل ما يجريه المتصرف في العقار يعتبر تبرعاً لجهة الوقف لان التبرع حق المتبرع لا حق المتبرع له واذا توفي صاحب البناء انتقل بناؤه الى ورثته والى ذوي ارحامه ان كان لا وارث له الا ان نظارة الاوقاف التركية كانت تعتبر ان هذه الابنية محلولة وتضبطها لجهة الوقف وهذا امر لا يرضى به الواقف ولا الخالق عز وجل ٠ والذي يبني البناء على ما جاء في الوجه الخامس وفي النوع الثاني لنفسه بماله يكون غاصباً لارض الوقف سواء كان متولياً او اجنبياً و يقلع بناؤه اذا كان غير مضر بالوقف ٠ واذا كان قلع الشجر والبناء مضراً في الوقف تدفع قيمته بأقل القيمتين من غلة الوقف و يضبط لجهة الوقف واذا كان لا غلة في الوقف يوؤجر البناء وتدفع القيمة من بدل الايجار واذا ما امكن ذلك ايضاً يجب على صاحب البناء والشجر ان ينتظر الى ان ينفك بناؤه وشجره من الارض وليس له ان يطلب قلعه ورفعه ٠

القسم الرابع : الارض المتروكة كالطريق العام والجبانات والمساجد والمرعى والمحتطب المتروك للعامة فلا يتصور البناء والغرس في هذه الاراضي باذن صاحبها لانها ليست بملك شخص معلوم يمكنه اعطاء الاذن بالبناء والغرس والاذن بالبناء والغرس فيها هو تصرف بغير ما وضعت له وهذا لا يجوز لذلك يجب رفع كل ما يحدث فيها وتعاد الى حالها السابق ولا يجري فيها قاعدة الاكثر والاقل ولا الرفع المضر وغير المضر ٠

القسم الخامس : الاراضي الموات ٠ فتلك الاراضي ايضاً ليست بملك احد من الناس فلا يتصور الاذن فيها بل يحتاج البناء والغرس فيها لاذن السلطان و يسمى هذا البناء والغرس فيها احياء على ما جاء في المادة ١٢٧٥ و يملك صاحب البناء والغراس رقبة الارض والتصرف فيها

على ما فصل في المـادة ١٢٧١ اذا كان ذلك بالاذن السلطاني ولا حريم للابنية التي تشاد في الاراضي الموات بالاذن السلطاني الا اذا احترم صاحبها اطرافها ٠

المادة ٩٠٧ [لو غصب احد عرصة آخر الجارية في ملكه وزرعها ونبت الزرع وادرك ثم استردها صاحبها يضمنه نقصان الارض الذي ترتب على زراعته] وليس لصاحب الارض اخذ الزرع لان الزرع للزارع ولو كان بارض مغصوبة واذا زرع رجل ارضه ثم جاء الغاصب وقلبها وزرعها ونبت الزرعان معاً فيكون جميع ذلك للغاصب ولصاحب الارض تضمينه قيمة زرعه مزروعاً وقائماً في ارضه لان خلط الجنس بالجنس استهلاك عند ابي حنيفة فتقوم الارض ولا بذر فيها وتقوم وفيها البذر فيرجع بفضل ما بينهما فان جاء صاحب البذر الاول وهو صاحب الارض والقى بذر نفسه مرة اخرى وقلب الارض قبل ان ينبت البذر او لم يقلب وسقى الارض فنبت البذر فجميع ما نبت لصاحب الازض وعليه للغاصب مثل بذره ولكن مبذوراً في ارض غيره (هنديه) ٠

واذا استرد صاحب الارض ارضه على هذا الوجه ضمن الغاصب نقصان الارض لانه اتلاف بعض المغصوب واذا امتنع الغاصب من رفع ما زرعه فالمغصوب منه رفعه واذا زرع الغاصب ارض غيره قطناً فنطسها صاحبها لا يضمن شيئاً للغاصب لانه اجرى فعلاً لو رفعه للقاضي لاجراه له واذا قلب الغاصب زرع صاحب الارض وزرعها ونبت الزرع كله فيها وضمن قيمة زرع صاحب الارض قائماً في ارضه لا يحل له ان يأخذ اكثر من بذره وما ضمنه ومصرفه وعليه ان يتصدق بالباقي لانه حصل بسبب التصرف في ملك الغير فيكون سبيله التصدق خلافاً لابي يوسف فانه قال بان الزيادة حصلت بالضمان فلا سبيل للتصدق

واذا نبت الزرع ولم يدرك فلصاحب الارض قلع الزرع واخذ نقص الارض واسترداد ارضه واذا لم ينبت الزرع فلصاحب الارض اما ان ينتظر الى ان ينبت الزرع و يعمل على ما جاء في الصورة الثانية واما ان ينتظر الى ان ينبت الزرع و يدرك و يعامل الزارع بما جاء بالصورة الاولى واما ان يعطي الزارع قيمة البذر مبذوراً في ارض الغير و يتملكه وهو القول المفتى به خلافاً لابي يوسف فانه قال باعطاء مثل البذر للغاصب ٠ الا اذا كانت الارض ارض وقف او يتيم فانه

يوءخذ بها الانفع لجهة صاحب الارض من نقصان الارض او اجر المثل وكذلك الحكم بالمعد للاستغلال وكذا اذا غصب الغاصب عقار الوقف وسكنه يضمن الاكثر من اجر المثل او نقصان السكنى ٠

[كذلك لو زرع احد مستقلاً العرصة التي يملكها مشتركاً مع آخر بلا اذنه وهو حاضر فبعد اخذ حصته من العرصة يضمنه نقصان حصته من الارض الذي ترتب على زراعته] وليس له اخذ حصته من الحاصلات على حسب عادة البلدة واذا نبت الزرع ولم يدرك تقسم العرصة بطلب الشريك و يقلع ما خرج مزروعاً بحصته و يضمنه نقصان الارض وكذلك الحكم بزراعة المشتري الذي اشترى الارض المشتركة من احد الشريكين بدون اذن الشريك الآخر ٠

ولا يحق للشريك ان يطلب اعطاء نصف البذر لشريكه ويشاركه فيما زرعه اذا كان الزرع غير نابت واذا نبت جاز واذا زرع الشريك باذن شريكه يكون عمله اجارة او مهايئة او اعارة ٠ وهذا الحكم ينحصر فيما يتعلق بالشريك الحاضر اما اذا كان الشريك غائباً فالحكم بزرعه سيذكر في المادة ١٠٨٥

اما اذا كان صاحب الارض قد اعد ارضه لان تزرع مزارعة او اعدها للايجار وزرعها الغير فبالصوة الاولى يدفع لصاحبها حصة صاحب الارض من الحاصلات على وجه المزارعة وبالصورة الثانية يدفع له اجر المثل ٠

المادة ٩٠٨ [اذا كرب احد ارض آخر غصباً] وسمدها وحفر نهرها [ثم استردها صاحبها قبل الزرع فليس للغاصب مطالبته اجرة في مقابلة الكراب] والسماد وحفر النهر لان تلك الزيادات ليست بمتقومة والسماد يهلك اذا خلط بالتراب اما البناء والزرع والغرس فهو من الزيادات المتقومة ولا يضبطه صاحب الارض بلا مقابل ٠

المادة ٩٠٩ [لو شغل احد عرصة آخر بوضع كناسة او غيرها فيها يجبر على رفع ما وضعه وتخلية العرصة] ٠ ولا يشترط الاشغال القصدي فاذا سقط جدار زيد على

ارض عمرو يجبر صاحب الجدار على رفع جداره اما كلمة عرصة المذكورة في هذه المادة فليست بقيد احترازي والحكم بالعقار بحكم العرصة ٠

وكذا اذا ملأ الغاصب خرق الطاحون تراباً يؤمر برفعه ٠ وكذا التراب المتراكم في المأجور والاوساخ الموضوعة من الجار امام باب دار جاره يرفع ٠ وكذا اذا وضع احد تراباً باسفل حائط جاره وتسبب بذلك لسقوطه يضمن ٠ وكذا اذا القى احد نجساً في بئر غيره يؤمر بدفع النقصان واذا كان البئر للعامة يؤمر الغاصب بنزح ماء البئر وتطهيره (رد المحتار) وكذا اذا دفن احد موتاه في قبر حفره غيره فاذا كان القبر ملك الحافر ينبش الميت ويخرج منه واذا كان القبر ليس بملك الحافر او في مقبرة موقوفة يدفع للحافر قيمة الحفر (بزازيه) وكذا اذا دفن رجل موتاه في ارض غيره المملوكة او في الارض الموقوفة على غير دفن الموتي ينبش الميت ويخرج بطلب صاحب الارض او متولي الوقف ٠ وفي الطحطاوي لا يخرج الميت بعد دفنه من غير عذر طالت مدة دفنه او قصرت لان كثيراً من الصحابة دفنوا موضع الحرب ولم يخرجوا ويجوز بالعذر كأن تظهر الارض مغصوبة او اخذها الشفيع بالشفعة ٠

وكذا اذ ماتت دابة رجل في آخور آخر يجبر صاحبها لرفعها اذا كان لجلدها قيمة والا لا يجبر ٠ وكذا اذا دخلت دابة رجل في دار غيره يجبر صاحب الدابة لاخراجها لانها ملكه وقد شغلت دار غيره (هنديه) ٠

* * *

الفصل الثالث

في بيان حكم غاصب الغاصب

المادة ٩١٠ [غاصب الغاصب حكمه] في الاثم والضمان [حكم الغاصب] وهو مسئول تجـاه الغاصب ايضاً وكل منهما يضمن المغصوب بالنسبة لزمان غصبه ومكانه واذا ضمن الغاصب الاول المغصوب يرجع على الغاصب الثاني بقيمة المغصوب يوم الغصب الثاني ولو كانت اكثر مما دفعه الا ان هذه الزيادة لا تكون حلالاً له عند الطرفين فاذا غصب الغاصب دابة قيمتها ألف قرش ثم غصبت منه وقيمتها ثلاثة آلاف وضمن الغاصب الالف ضمن غاصب الغاصب ثلاثة آلاف .

[فاذا غصب من الغاصب المال المغصوب شخص آخر وأتلفه او تلف في يده فالمغصوب منه مخير ان شاء ضمنه الغاصب الاول وان شاء ضمنه الغاصب الثاني وله ان يضمن مقداراً منه الاول والمقدار الآخر الثاني و بتقدير تضمينه الغاصب الاول فهو يرجع على الثاني واما اذا ضمنه الثاني فليس للثاني ان يرجع على الاول]

ولا يجبر المغصوب منه على التقاص فيما عليه للغاصب الثاني من الديون بمقابل قيمة المغصوب لان له ترك دينه بذمته للغاصب الثاني وتضمين الغاصب الاول اما اذا ضمن الغاصب الثاني وكان مديناً له وقع التقاص جبرياً بينهما . و يعتبر الغاصب الثاني غاصب الغاصب ولو غصب المغصوب ليرده لصاحبه لانه لا ولاية له بذلك ولا يشترط الاتلاف من الغاصب او غاصب الغاصب فاذا غصب الغاصب مالاً واتلفه اجنبي فللمغصوب منه الخيار ان شاء ضمن الغاصب وان شـاء ضمن المتلف .

واذا كان المغصوب في يد غاصب الغاصب فالدعوى على غاصب الغاصب بالعين ولا يشترط فيها حضور الغاصب الا اذا طلب منه قيمة المغصوب فانه يطلبها من الغاصب ولو كان المغصوب في يد غاصب الغاصب (راجع المادة ١٦٣٥) .

ومتى اخذ المغصوب منه حقه من الغاصب او من غاصب الغاصب تعذر عليه الرجوع على الآخر

لان الحق الواحد لا يستوفى مرتين واذا ادعى على احدهما واستحصل حكماً بدعواه تعذر عليه الادعاء على الثاني ولو افلس المحكوم عليه او مات مفلساً او مات وتركته مستغرقة بالدين لان الحكم تضمين والتضمين والحكم تمليك وليس للمملك ان يرجع على غير من ملك اما الامام ابو يوسف فقد قال بالرجوع على غير المحكوم عليه مطلقاً والمجلة لم ترجح احد القولين الا ان الفقهاء رجحوا القول الاول اما اختياره تضمين احدهما والدعوى عليه لا تمنعه من مطالبة الآخر قبل القبض والحكم ٠

و يستثنى بخيار المغصوب منه ثلاث مسائل الاولى الوقف فان المتولي مجبور على تضمين الملئى والاكثر يساراً من الغاصب او غاصب الغاصب ولو كانت قيمة المغصوب متفاوتة في زمان ومكان الغصب الاول والثاني ٠ والثانية اذا القى احد في بيدر آخر ماء واحدث نقصاناً بقيمة حبو به ثم القى شخص ثاني ماء ايضاً واحدث نقصاناً فالضمان على الغاصب الثاني فقط فانه يضمن قيمة المغصوب يوم القاء الماء والثالثة اذا هشم احد ابريق غيره ثم كسره آخر فالضمان على الثاني فقط (رد المحتار)

واذا وقع الغصب من اثنين معاً فللمغصوب منه ان يضمن احدهما قيمة المغصوب والضامن يرجع على الآخر بنصف ما ضمنه ٠

و يتصرف الغاصب بالمغصوب بالبيع والايجار والهبة والصدقة والرهن والايداع والاعارة ٠ فاذا باع الغاصب المغصوب من آخر و كان المبيع موجوداً فلصاحبه اجازة البيع واخذ الثمن اذا وجدت شروط الاجازة وان شاء فسخ البيع واسترد المغصوب عيناً من المشتري وان شاء ضمن الغاصب لان بيعه المغصوب استهلاك واذا تلف المبيع في يد المشتري فلصاحبه الخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمة المغصوب يوم الغصب و يصير الغاصب مالكاً للمبيع ولثمنه بطريق الاستناد وان شاء ضمن المشتري قيمة المغصوب يوم قبضه و يكون البيع باطلاً و يرجع المشتري على بائعه بالثمن المدفوع وليس له طلب الفرق بين القيمة والثمن ٠ واذا باع الغاصب المغصوب ولم يسلمه للمشتري فلا ضمان على المشتري (بزازيه وهنديه) ٠ وتنحصر الاجازة للبيع وقبض الثمن بالمالك المغصوب منه وليس للغاصب الاول الذي غصب منه المال و بيع اجازة هذا البيع ٠ واذا اقام المغصوب منه الدعوى على الغاصب او غاصب الغاصب بطلب المغصوب فلا تمنع هذه الدعوى الاجازة على قول ظاهر الرواية ٠

واذا آجر الغاصب المغصوب ينظر فاذا وجد المغصوب عيناً في يد المستأجر فالمغصوب منه الخيار ان شاء اجاز الاجارة وقبض الاجرة اذا وجدت شروط الاجازة واذا تلف المغصوب في يد المستأجر فالمغصوب منه بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب ولا يرجع الغاصب على المستأجر الا اذا تلف المغصوب بتعدي المستأجر وتقصيره وان شاء ضمن المستأجر قيمته يوم قبضه وبهذه الصورة ينظر فاذا كان المستأجر لا يعلم ان المؤجر غاصب يرجع عليه بما ضمنه بضمان الغرور لا بضمان الغصب واذا كان المستأجر يعلم ان المؤجر غاصب واستأجرة منه لا يرجع عليه بشيء (راجع شرح المادة ٦٥٨) .

واذا وهب الغاصب المغصوب وسلمه وكان المغصوب موجود عيناً فالمغصوب منه مخير ان شاء اجاز الهبة والتسليم وان شاء فسخها واسترد المغصوب وان شاء ضمن الغاصب قيمة المغصوب لان هبته وتسليمه استهلاك . واذا تلف المغصوب في يد الموهوب له فالمغصوب منه بالخيار ان شاء ضمن الغاصب وان شاء ضمن الموهوب له وايهما ضمن لا يرجع على الآخر وكذلك الحكم بالصدقة .

واذا رهن الغاصب المغصوب بمقابل دينه فالمغصوب منه الخيار ان شاء اجاز الرهن ويكون الرهن مستعاراً وان شاء استرد المرهون من المرتهن واذا تلف الرهن في يد المرتهن تجري بحقه احكام هذه المادة لان المرتهن قبض الرهن لاجل الغاصب واذا ضمن الغاصب يسقط ما يعادل قيمته من الدين واذا ضمن المرتهن رجع على الغاصب اذا كان لا يعلم ان الرهن مغصوب والا لا يرجع عليه بشيء .

واذا اودع الغاصب المغصوب فالمغصوب منه بالخيار ان شاء اجاز الايداع وان شاء استرد المغصوب من المستودع واذا اتلف المغصوب في يد المستودع فلصاحبه تضمين الغاصب او المستودع واذا ضمن الغاصب لا يرجع على المستودع بخلاف المستودع فانه يرجع على الغاصب بما ضمنه الا اذا اتلف المستودع الوديعة بالتعدي واذا اعار الغاصب المغصوب وسلمه فالمغصوب منه بالخيار ان شاء اجاز العارية وان شاء استرد المغصوب من المستعير واذا تلف المغصوب في يد المستعير فلصاحبه تضمين الغاصب او المستعير وايهما ضمن لا يرجع على الآخر الا اذا تلف المغصوب بتعدي المستعير فانه لا يرجع على الغاصب والغاصب يرجع عليه (بزازيه) .

المادة ٩١١ [اذا رد غاصب الغاصب المال المغصوب الى الغاصب الاول]

عيناً او بدلاً واثبت الرد بالبينة او بنكول الغاصب الاول عن اليمين [يبرأ وحده] لانه قد فسخ فعل الغصب برد المغصوب و يمتنع على المغصوب منه تضمين غاصب الغاصب ولو كان مشترياً او مرتهناً او موهوباً له او مستودعاً و كذا اذا اشترى رجل ثوراً من بائع ثم رده بخيار العيب وظهر مستحق فله مطالبة البائع دون المشتري . و يبرأ غاصب الغاصب اذا رد المغصوب عيناً بالاتفاق و يبرأ اذا سلم الغاصب بدل المغصوب الذي تلف في يده عند الطرفين ولا يبرأ اذا سلم البدل بدون قضاء عند ابي يوسف . وفي الانقروي اذا كان المغصوب مثلياً وأتلفه غاصب الغاصب واعطي الغاصب نقوداً بدلاً منه لا يخلص الغاصب الثاني من الضمان الى الغاصب الاول لان هذا التضمين هو بيع والبيع لا يمنع الرجوع على غاصب الغاصب بمثل المغصوب .

وللغاصب الاول استرداد المغصوب من الغاصب الثاني برضاه وله مراجعة الحاكم وتضمين الغاصب الثاني المغصوب عيناً او بدلاً لان الغاصب الثاني رفع يد الغاصب الاول بغصبه وصار ضامناً له ما غصبه منه وليس للحاكم اجبار غاصب الغاصب على رد المغصوب وتسليمه الى الغاصب الاول اذا كان عالماً انه غاصب بل يأخذه عيناً او بدلاً و يسلمه ليد عدل و يحفظه اما المغصوب منه فله الخيار ان شاء قبل القيمة التي دفعها الغاصب الثاني الى الغاصب الاول واخذها وان شاء ضمن الغاصب الاول قيمة المغصوب يوم الغصب .

و يشترط لبراءة الغاصب الثاني اذا رد المغصوب للغاصب الاول عيناً او بدلاً ان يثبت الرد بالبينة او بنكول الغاصب الاول عن اليمين لا بالاقرار لان الاقرار حجة قاصرة فلا يسري على غير المقر ولانه بقبضه دخل في ضمانه و بدعوى الرد يرفع الضمان عنه فلا يصدق . واذا ضمن الغاصب الثاني على الغاصب الاول بما اقر له بقبضه واذا ضمن الغاصب الاول لا يرجع على الغاصب الثاني لانه اقر له بالقبض . يستثنى من ذلك غاصب المستودع فاذا غصب الوديعة من المستودع واقر المستودع باستردادها تثبت براءة المستودع بهذا الاقرار

[واذا رده الى المغصوب منه يبرأ هو والاول] . لان الحق الواحد لا يدعى ولا يستوفى من شخصين مثلاً اذا غصب رجل فرس الآخر ثم غصب منه وسرقه صاحبه من الغاصب الثاني ثم استردها الغاصب الثاني من صاحبها جبراً فليس للمغصوب منه مخاصمة الغاصب الاول .

الباب الثاني

في بيان الاتلاف ويحتوي على اربعة فصول

الفصل الاول

في مباشرة الاتلاف

المادة ٩١٢ [اذا اتلف احد مال غيره الذي هو في يده او في يد امينه بدون اذنه وبدون اذن ولي الامر [قصداً او من غير قصد يضمن] سواء علم ان هذا المال للغير او ظنه له لان المباشر ضامن وان لم يتعمد (راجع المادة ٩٢) ويشترط ان يكون المتلف غير مالك للمال الذي اتلفه لان للمالك اتلاف ماله واستهلاكه فاذا اتلف المشتري المبيع الذي في يد البائع يدفع الثمن المسمى فقط ويكون استلم قد المبيع بالاتلاف حكماً . ولا بد من اتلاف المال وهو في يد صاحبه او في يد امينه لان المتلف اذا اتلف المال وهو في يد الغاصب كان غاصب الغاصب وللمغصوب منه الخيار بتضمينه او تضمين الغاصب .

ولا بد لوجوب الضمان من وقوع الاتلاف بدون اذن صاحب المال فاذا القى احد ثياب آخر في البحر او شقها باذنه وأمره او اخذ قارورة باذن صاحبها وسقطت من يده وتلفت او جلس بدار صديقه على وسادة باذنه فشقت بدون تعد او دخلت دابته في زرع الغير فاخرجها باذن صاحب الزرع وفسد بعض الزرع عند اخراجها فلا ضمان عليه اصلاً لصدور الاذن من صاحب المال بحق ذلك (هنديه وخانيه و بزازيه) .

وفي الهندية اذا القت الزوجة التراب المتراكم بالدار بواسطة احد العملة فجاء زوجها واثبت انه كان دفن في التراب كذا درهماً ضمن العامل ذلك دون الزوجة .

القسم الثاني الاذن بالدلالة وفيه قاعدتان الاولى كل عمل لا تفاوت فيه فالاستعانة ثابتة فيه من جميع الناس مثلاً اذا استأجر احد عاملاً لهدم غرفته فهدمها غير العامل بدون اذن صاحبها

فلا ضمان عليه • وكذا اذا ربط القصاب الغنمة ليذبحها فذبحها غيره او ذبح احد غنمة جاره التي انقطع الامل من حياتها بدون اذنه فلا ضمان عليه الا اذا انكر صاحبها اليأس من حياتها وحلف اليمين على عدم اليأس بعد ان عجز الذي ذبحها عن البرهان فانه يضمن قيمتها يوم ذبحها • والقول قوله بالقيمة • وكذا اذا اوقد احد النار تحت طعام جاره او ذبح له الغنمة التي اشتراها ليذبحها في عيد الاضحى بدون اذنه لا يضمن اما اذا ذبح له الغنمة التي اشتراها ليذبحها لغير الاضحية يضمن لان صاحبها ربما كان لا يريد ذبحها بذلك الوقت وكذا اذا وضع احد الحنطة في المدار ليطحنها فساق غيره حمار المدار وطحنها او رأى احد حمل غيره ملقياً في الارض فحمله له بدون اذنه لا يضمن لان الاذن ثابت في هذه المسائل دلالة والدلالة يجب اعتبارها ما لم يوجد التصريح على خلافها (خيريه وهنديه وبزازيه وخانيه) •

القاعدة الثانية كل عمل تفاوت فيه الناس لا تثبت فيه الاستعانة ويجب فيه الضمان مثلاً اذا ذبح احد حيواناً وعلقه ليسلخه فجاء غيره وسلخه بدون اذنه يضمن لان السلخ يختلف باختلاف الناس (جامع الفصولين) •

ويجب الضمان على المتلف لا على الآمر الا اذا كان مجبراً فاذا شق احد ثوب غيره بامر آمر او اخذ مال غيره بامر سيده او احرق دار غيره بامر رجل آخر فالضمان على الفاعل لان الآمر لا ولاية له على المأمور ولا على صاحب المال واذا كان للآمر ولاية كان الضمان على المأمور فاذا امر الاب ابنه بأن يحرق قش ارضه في يوم كثر فيه الهواء فحرق الابن القش وسرى الحريق على ملك الجوار فالضمان على الآمر • وكذا اذا امر احد الشريكين غيره بان يسلم الفرس المشتركة من مستعير فسلمها وتلفت فالضمان على الآمر لا على المأمور • وكذا اذا امر الوصي الصغير الذي بوصايته بان يصعد على الشجرة ويجمع له اثمارها فصعد بامره ووقع فمات وجبت عليه الدية •

وكذا اذا اتلف الصبي مالاً بامر غيره يضمن قيمة ما اتلفه من ماله ويرجع بما ضمنه على الآمر ولو كان صبياً مميزاً مأذوناً • واذا كان الفاعل كبيراً يضمن ولا يرجع على الآمر الا اذا كان مجبراً فاذا قتل الولد البالغ آخر بأمر والده او امر احد غيره بخرق جدار جاره فخرقه يضمن المأمور ولا يرجع على الآمر لان الامر فاسد والتصرف في ملك الغير ممنوع •

فائدة : ان هذه الاحكام تتعلق بالامر بغير دفع المال لان الامر بدفع المال قد مر البحث عنه في المادة ٦٥٧ ·

وللاتلاف اربعة احكام الحكم الاول ، اذا اتلف احد مال غيره قصداً يضمن مثلاً اذا دخلت دابة احد بزرع غيره فأخرجها صاحب الزرع وحجرها فتلفت بسبب ذلك يضمن · وكذا اذا شق احد صك الآخر وسنده يضمن قيمة ما شقه مكتوباً ولا يضمن المبلغ المحرر فيه (الا اذا انكر المديون المبلغ وعجز الدائن عن الاثبات بغير السند وحلف المديون اليمين يضمن الذي شق السند قيمة السند ومقدار الدين ايضاً) · وكذا اذا اتلف احد مال غيره وهو يظن انه له · وكذا اذا اتلف صبي مال غيره او هدم عقار جاره او عيب مال غيره واورث نقصاناً في قيمته يضمن · وكذا اذا هدم احد دار غيره بدون اذنه و بدون اذن ولي الامر ولو من اجل عدم سراية الحريق يضمن · وكذا اذا هدم شخصان كل منهما دار غيره يضمن كل منهما ما هدمه · وكذا اذا اتلف احد دابة غيره او اتلف له احد زوجي الخف يضمن ما اتلفه ·

الحكم الثاني اذا اتلف احد مال غيره الذي في يده من غير قصد يضمن فاذا دق احد على جدار داره فسقطت بسبب هذا الدق اواني جاره وتلفت يضمن · وكذا اذا ترك احد ماله في الطريق العام لعذر فأخذه غيره في طريقه يضمن واذا كان صاحبه تركه في الطريق بدون عذر لا يضمن · وكذا اذا سقط حجر من البناء الذي يهدمه البنّاء على احد المارة فقتله او اضر به يضمن البنّاء الضرر · وكذا اذا اشتغل الحداد او القصار في دكانه وهدمت دكان جاره بسبب دقه يضمن · وكذا اذا اطلق احد على صيد في بستانه فأضر بمال او بنفس في ملك جاره يضمن وكذا اذا طارت شرارة من دكان الحداد فأضرت بالمارة يضمن الحداد الضرر · وكذا اذا أضر الحطب الذي كان يكسره احد في ملكه باحد المارة يضمن · وكذا اذا سقطت نقود زيد من يده واختلطت بنقود عمرو بصورة لا تقبل التفريق والتمييز يضمن صاحبها تلك النقود ·

الحكم الثالث اذا اتلف احد مال غيره الموجود في يد امينه قصداً يضمن مثلاً اذا اتلف احد مال غيره الموجود في يد الوديع يضمن بدله وكذا اذا اتلف احد المال المباع وهو في يد البائع فللمشتري الخيار ان شاء فسخ البيع وابطله وان شاء ضمن المتلف · وكذا اذا تلف المأجور بتعدي المستأجر او تقصيره او بتجاوزه الى ما فوق مأذونيته يضمن · وكذا المرتهن اذا اتلف الرهن فانه يضمن قيمته ·

الحكم الرابع اذا اتلف احد مال غيره الموجود في يد امينة من غير قصد يضمن قيمته فاذا سقط شيئ من يد خادم المستودع على الوديعة وتلفت يضمنها الخادم ٠

ولا تلحق الاتلاف اجازة فليس لصاحب المال ان يجيز للمتلف اتلافه بعد التعدي ولا تبرأ ذمة المتلف من الضمان و يستثنى من ذلك اللقطة المار ذكرها في شرح المادة ٧٨٠ لان الاذن بالتصدق باللقطة من الشارع لا من المالك لذلك لا يشترط وجود اللقطة عند الاجازة ٠

وكذا لا تصح اجازة المالك بيع الفضولي بعد تلف المبيع (راجع المادة ٣٧٨) ٠ وكذا اذا اقرض المستودع الوديعة بدون اذن المودع وتلفت باستهلاك المستقرض ثم اجاز المودع القرض فلا تقبل اجازته وله تضمين المبلغ الى المستودع (راجع شرح المادة ٧٩٣) وكذا اذا اولم بعض ورثة الميت ولائم بغياب باقي الورثة ثم اجاز الباقون تلك الولائم فلا تعتبر اجازتهم مانعة للتضمين لان الاتلاف لا يكون موقوفاً ولا تلحقه الاجازة ٠ وكذا لا تلحق الاجازة اجارة الفضولي بعد انقضاء مدة التواجر ولايستحق المالك الاجرة وكذا اذا اودع المستودع الوديعة عند غيره بلا اذن المودع و بعد تلفها اجازها المودع فلا تعتبر اجازته ٠

وكذا اذا قبض احد من آخر ما بذمة الدافع من الديون الى آخر بدون توكيل من الدائن واجاز الدائن بعد ذلك هذا الدفع فاذا اجاز والدين موجود قبلت اجازته ونفذت والا فلا ٠

وكذا المضارب اذا اقرض مال المضاربة بدون اذن شريكه وتلف فلا تلحقه اجازة ٠

[واما اذا اتلف احد المال المغصوب الذي هو في يد الغاصب فالمغصوب منه بالخيار ان شاء ضمنه الغاصب وهو يرجع على المتلف وان شاء ضمنه المتلف و بهذه الصورة ليس للمتلف الرجوع على الغاصب] ٠

المادة ٩١٣ [اذا زلق أحد وسقط على مال آخر واتلفه يضمن] وكذا اذا دخل احد في دكان بائع البلور وزلقت رجله واتلف بعض الاموال يضمن ٠

المادة ٩١٤ [اذا اتلف احد مال غيره على زعمه انه ماله يضمن] ٠ فلو اشترى

مالاً واستهلكه ثم ادعى بالاستحقاق يضمن المشتري قيمته الا انه يكون آثماً ولا يستحق التعذير وكذلك الحكم في الغصب ·

المادة ٩١٥ [لو جر احد ثياب غيره وشقها يضمن تمام قيمتها] اي تمام قيمة النقصان الحاصل فيها ، لان الشق حاصل من الجر ·

[واما لو تشبث بها وانشقت بجر صاحبها يضمن نصف القيمة] لان الشق حصل من فعل الاثنين اما لو عض احد على ذراع الآخر فشد الآخر ذراعه وسقطت اسنان الاول ولحم يد الثاني تكون الاسنان هدراً و يضمن صاحبها ارش اليد (خانيه) ·

[وكذلك لو جلس احد على اذيال ثياب ونهض صاحبها غير عالم بجلوس الآخر وانشقت يضمن ذلك نصف القيمة] واذا علق ثوب احد المارة بمفتاح دكان احد اصحاب الحوانيت وانشق الثوب فلا ضمان على صاحب المفتاح اذا كان المفتاح موضوعاً في ملكه لان الذي شق الثوب هو صاحبه بسحبه الثوب بعد ما علق اما اذا كان المفتاح موضوعاً في ملك غير صاحبه بدون حق فالضمان على صاحب المفتاح لانه متعد في الاصل ·

المادة ٩١٦ [اذا اتلف صبي مال غيره فيلزم الضمان من ماله] سواء كان صغيراً غير مميز او مميزاً غير مأذون او مأذوناً · [وان لم يكن له مال ينتظر الى حال يساره ولا يضمن وليه] وكذلك الحكم باتلاف النفس فان الصغير اذا قتل قتيلاً او قطع عضواً تدفع الدية والارش من ماله وكذلك الحكم في المجنون والمعتوه · الا اذا اتلف الصغير مال غيره بامر آخر فان الصغير وان كان يضمن ما اتلفه الا انه يعود على الآمر بما ضمنه ·

المادة ٩١٧ [لو أطرأ احد على مال غيره نقصاناً من جهة القيمة يضمن نقصان القيمة] ولا يضمن ما طرأ من النقصان الحسي الحاصل بسبب فعله اذا كان النقصان الحسي لا يوجب نقصاناً في القيمة مثلاً اذا حفر احد حفرة في ملك غيره يضمن اذا حصل نقصان في القيمة والا لا يضمن شيئاً لمجرد الحفر ، وهذا النقصان يضمن اذا كان لا يتجاوز الربع اما اذا تجاوز الربع

فلصاحب المال الخيار ان شاء ضمن النقصان وان شاء ترك المال وضمن المتلف مجموع القيمة راجع المادة ٩٠٠ .

ان هذه المادة قاعدة يتفرع عنها مسائل عديدة منها :

١ — اذا عرض نقصان على المغصوب بسبب استعمال الغاصب .

٢ — اذا حمل احد دابة غيره بدون اذن صاحبها فجرحت جرحاً لا يندمل بدون نقصان يضمن النقصان واذا كان يندمل بدون نقصان لا يضمن شيئاً واذا تلفت الدابة بسبب الجرح يضمن مجموع قيمتها .

٣ — اذا نظر احد في برميل الخل الذي عرضه البائع للبيع وسقط الدم من انفه في الخل ينظر فاذا نظر فيه باذن صاحبه لا يضمن واذا نظر بدون اذنه يضمن الا اذا كان ما سقط فيه وتنجس غير مأكول يضمن النقصان فقط .

٤ — اذا اخذ احد تراباً من عرصة غيره يضمن النقصان الحاصل في العرضة بسبب اخذ التراب اذا اوجب نقصاناً والا لا يضمن شيئاً الا اذا كان التراب ذا قيمة فانه يضمن سواء اورث اخذه نقصاناً في الارض ام لا .

٥ — اذا قطع احد اغصان شجر غيره واورث بذلك نقصاناً للشجرة ينظر فاذا كان النقصان فاحشاً يضمن مجموع قيمة الشجره واذا كان يسيراً يضمن النقصان فقط .

٦ — كل ما كان مؤلفاً ومركباً اذا نقص احد تأليفه وتركيبه يضمن النقصان كفتق الثوب المخيط .

وكذا اذا بال احد في بئر غيره يضمن النقصان اما اذا بال في بئر للعامة يؤمر بتطهيره .

٧ — اذا نقص احد تأليف حصير غيره يؤمر باعادته الى ما كان عليه اذا كان ذلك ممكناً والا يضمن مجموع القيمة وهكذا الحكم في كل شيء يمكن اعادته لحاله السابق (خانيه) .

٨ — اذا تصادم رجلان في الطريق فكسرت قارورة الزيت التي هي في يد احدهما وافسدت ثوب الثاني ينظر اذا كان الصادم صاحب القارورة يضمن ثوب الثاني واذا كان الصادم صاحب الثوب يضمن قيمة القارورة .

٩ — اذا حفر احد في ملكه حفرة متصلة في بناء جاره واخرج اساس جدار جاره يضمن نقصان قيمة الجدار مبنياً

١٠ — اذا اتلف احد اثمار اشجار غيره التي لم تنضج يضمن نقصان القيمة لان الاثمار لا قيمة لها منفردة ٠

١١ — اذا كسر احد سيف آخر يأخذ القطع المكسورة و يضمن قيمة السيف ٠

١٢ — اذا حمى احد تنوره والقى آخر ماء فيه يضمن النقصان الحاصل بين قيمة التنور حامياً و بارداً ٠

١٣ اذا جز احد صوف غنم آخر يضمن قيمة الصوف فقط اذا كان الجز لا يورث نقصاناً بالغنم والا كان لصاحب الغنم الخيار ان شاء ضمنه قيمة الصوف وان شاء ضمنه نقصان القيمة ٠

المادة ٩١٨ [اذا هدم احد عقار غيره كالحانوت والخان بدون حق فصاحبه مخير ان شاء ترك انقاضه للهادم وضمنه قيمته مبنياً وان شاء حط من قيمته مبنياً قيمة الانقاض وضمنه القيمة الباقية واخذ هو الانقاض] ٠

ولا يجبر على اعادة العقار الى ما كان عليه لان العقار ليس بمثلي ٠ وقد اعطى الخيار لصاحب العقار لان العقار موجود من وجه لبقاء انقاضه وهالك من وجه آخر ولذا فصاحب العقار مخير ان شاء مال الى جهة المال وضمن النقصان وان شاء رجح جهة الهلاك وضمن المجموع الا اذا استهلك الغاصب الانقاض ايضاً فلا يبقى الا مجموع القيمة ٠

[ولكن اذا بناه الغاصب كالأول] بانقاضه او بغيرها [فيبرأ من الضمان] واذا لم يبنه كالاول اي اذا بناه بناء ادنى من الاول يضمن قيمته مبنياً و يهدم بناؤه الاخير وتعطى له انقاضه ٠

وكذلك الحائط اذا هدم احد جدار غيره لا يؤمر بارجاعه الى ما كان عليه قبل الهدم لانه ليس بمثلي ولصاحب الجدار الخيار ان شاء اخذ الانقاض وضمن النقصان وان شاء ترك الانقاض وضمن قيمته مبنياً ٠

واذا كان الهدم بحق فلا ضمان على الهادم بناء عليه اذا غصب احد عرصة آخر وبنى فيها ابنية فلصاحب العرصة قلع الابنية واسترداد العرصة المغصوبة ٠ وكذا اذا هدم احد عقار آخر باذن ولي الامر ومنعاً لسريان الحريق فلا يضمن ٠

واذا كان العقار المهدوم عقار وقف يجبر الهادم لاعادته الى حاله السابق بناءً عليه اذا هدم احد بناء الجامع او مئذنته يجبر على اعادة ما هدمه الي حاله السابق . وكذا اذا استأجر دار الوقف وهدمها وجعلها حوانيت ينظر فاذا كانت الحوانيت مفيدة الي الوقف اكثر من الدار واكثر اجرة تبقى الى جهة الوقف ويكون المستأجر متبرعاً بما صرفه واذا كانت اجرتها اقل من اجرة العقار يؤمر المستأجر باعادتها الي حالها السابق ويعذر لان اعادة العقار الى حاله السابق انفع لجهة الوقف من التضمين .

المادة ٩١٩ [لو هدم احد داراً بلا اذن صاحبها لاجل وقوع حريق في المحلة وانقطع هناك الحريق فان كان الهادم هدمها بامر اولي الامر لا يلزم الضمان وان كان هدمها بنفسه يلزم الضمان] لان الولاية العامة لاولي الامر ويضمن الهادم قيمة العقار المهدوم باعتباره مهدداً بالحريق . واذا هدم الهادم دار نفسه وتخلصت الدور المجاورة من الحريق فليس له مطالبتهم بقيمتها بسبب انقطاع الحريق عن دورهم وفائدتهم .

ويجب الضمان على الهادم بسبب الهدم فاذا حصل حريق في المحلة وصعد احد على دار آخر لاجل توقيف سير النار وهدمت الدار بسبب صعوده لا يضمن شيئاً لانه مأذون في الصعود بحال الحريق لان كل واحد من العامة له اطفاء الحريق . وكذا اذا هجم العدو على مدينة فاخذ احد سيف غيره وقاتل به وكسر لا يضمن .

المادة ٩٢٠ [لو قطع احد الاثمار] او اغصان الاشجار [التي في روضة غيره بغير حق فصاحبها مخير ان شاء اخذ قيمة الاشجار قائمة وترك الاشجار المقطوعة للقاطع وان شاء حط من قيمتها قائمة قيمتها مقطوعة واخذ المبلغ الباقي والاشجار المقطوعة] لان الاشجار من وجه قائمة وموجودة ويمكن لصاحبها الانتفاع باصلها واعضائها ومن وجه آخر هالكة لعدم امكان اتصالها بالارض اتصال قرار والاستظلال بها والانتفاع باثمارها ولذا فلصاحب الاشجار اما ان يرجح جهة البقاء فيضمن نقصان القيمة واما ان يرجح جهة الهلاك فيضمن تمام القيمة ولا يحكم الغاصب بغرس غيرها في ارضها وتربتها بدلاً منها لان الشجرة ليست من المثليات . واما اذا تلفت تلك الاشجار فيتعين للطرفين تضمين القيمة

[مثلاً لو كانت قيمة الروضة حال كون الاشجار قائمة بها عشرة آلاف وبلا أشجار خمسة آلاف وقيمة الاشجار الفين فصاحبها بالخيار ان شاء ترك الاشجار المقطوعة للقاطع واخذ خمسة آلاف وان شاء اخذ ثلاثة آلاف والاشجار المقطوعة] وكذلك الحكم بفروع الاشجار المقطوعة . اما اذا قطع القاطع اشجار الغير بحق كقطع الجار فروع شجرة جاره التي تدلت على حديقته ولا يمكن ازالة ضررها الا بالقطع فلا يضمن اذا قطعها من المحل الواجب قطعها منه وليس له قطع فروع الشجرة اذا كان تفريغ الهواء الذي استوعبته ممكناً بربطها وسحبها وليس له قطع ما امكن سحبه منها .

المادة ٩٢١ [ليس للمظلوم ان يظلم آخر بما انه ظلم] . بل له مراجعة الحاكم ورفع شكواه من ظلم الظالم لان الظلم حرام فليس للمغصوب منه ان يغصب ولا للمسروق منه ان يسرق .

[مثلاً لو اتلف زيد مال عمرو مقابلة بما انه اتلف ماله] فلا يجري التقاص بينهما [ويكونان ضامنين وكذا لو اتلف زيد مال عمرو الذي هو من قبيلة طي بما ان بكراً الذي هو من تلك القبيلة اتلف ماله يضمن كل منهما المال الذي اتلفه كما انه لو انخدع احد فاخذ دراهم زائفة من احد فليس له ان يصرفها الى غيره] وله اعادتها الى الذي دفعها له .

* * *

الفصل الثاني

في بيان الاتلاف تسبباً

المادة ٩٢٢ [لو اتلف احد مال الآخر او نقص قيمته تسبباً يعني لو كان فعله سبباً مفضياً لتلف مال او نقصان قيمته يكون ضامناً] فيضمن الكل ان اتلف الكل ويضمن النقصان ان اتلف البعض [مثلاً اذا تمسك احد بثياب آخر وحال مجاذبتهما سقط مما عليه شيء وتلف او تعيب يكون المتمسك ضامناً] واذا اختلف صاحب المال والمتمسك به بقيمة المال او بتلفه وعدم تلفه فالقول قول المتلف وكذا اذا ضرب رجل آخر فتوفي او جن المضروب وضاعت امواله يضمن الضارب الدية والمال .

وكذا اذا القى احد آخر في حوض فضاع الملقى ماله الذي في جيبه في الحوض ينظر فاذا ضاع المال بسبب الالقاء فالضمان على الملقي واذا ضاع المال حينما كان يتشبث الملقى بالخروج من الحوض فلا ضمان لان السقوط قد حصل بهذه الصورة بفعل صاحب المال لا بفعل من القاه في الحوض .

وكذا اذا دعى احد كلبه لمهاجمة غيره فهاجمه الكلب وشق ثيابه يضمن صاحب الكلب ما تلف سواء عقب الكلب ام لم يعقبه .

[وكذا لو سد احد ماء ارض لآخر او ماء روضته ويبست مزروعاته ومغروساته او افاض الماء زيادة] بصورة غير معتادة [وغرقت المزروعات وتلفت يكون ضامناً] قيمتها وقت اتلافها ، ولا بد من سد الماء على ما ورد في متن هذه المادة لان الانسان اذا منع الآخر من سقي ارضه وتلفت المزروعات بسبب هذا المنع لا يضمن (بزازيه) .

وكذا لو كانت ارض احد عالية وسقاها ولو على الوجه المعتاد فطافت المياه واغرقت زرع جاره ينظر فاذا كان بامكانه وضع مسناة لارضه ولم يضع او كان بمسناة ارضه خرق ورآه ولم يسده يضمن والا فلا . وكذا اذا هدم احد عقاره ووضع انقاضه جانب حائط جاره وتسبب بذلك

لهدم الحائط يضمن . وفي البهجة اذا اضرم انسان ناراً في ارضه على خلاف المعتاد وتسبب لحرق دار جاره يضمن . وكذا اذا دخلت دابة احد في ارض غيره فهاجمها صاحب الارض فجفلت وتلفت يضمن .

[وكذا لو فتح احد باب اصطبل الآخر وفرت حيواناته وضاعت او فتح باب قفصه وفر الطير الذي كان فيه يكون ضامناً] عند الامام محمد ولا يقال بانه قد تخلل بين فتح باب الاصطبل و باب القفص فعل الحيوان لان الفرار من عادة الحيوان . اما الشيخان فانهما لم يريا تضمين الذي فتح الباب الا اذا قال للدابة (هش هش) وللطير (كش كش) وللحمار (هرهر) الا انه يفهم من اطلاق المجلة انها اختارت قول الامام محمد . واذا اجتمع المسببان كفاتح الباب وحال القيد فالضمان على فاتح الباب لان فتح الباب سبب اقوى للفرار ولان الحكم والسبب يتحرى بالجنس لا بالجزئيات فالحيوان يفر اذا وجد الباب مفتوحاً ولا يفر اذا كان غير مقيد والباب مغلقاً .

وكذا اذا فك احد قيد الحيوان المربوط في الآخور او رش الجمل المربوط في القطار وفر يضمن عند محمد .

وكذا اذا شق احد احدى القربتين المحملتين على دابة آخر فسال المائع الذي في القربة المشقوقة ومالت الثانية بسبب موازنة الثقلة وتلفت يضمنها اما اذا رأى صاحبها القربة الثانيه مائلة الى السقوط وساق دابته وتلفت او رأي المائع الموجود في القربة الاولى وهو يجري وساق الدابة وتسبب لتلفه فالضمان عليه .

وفي الخانية اذا نقل احد غيره من مدينة الى اخري كرهاً يجبر على اعادته الى مدينته .

المادة ٩٢٣ المتسبب لا يضمن الا اذا كان متعمداً مثلاً [لو جفلت دابة احد من الآخر وفرت فضاعت لايلزم الضمان] وكذا لو القى احد نفسه من فوق الجدار الى الطريق وفرت دابة كانت مارة في الطريق وتلفت لا يضمن .

وكذا لو دخلت دابة احد في ارض الآخر المزروعة فاخرجها صاحب الزرع من ارضه ولم يسقها في خارج الزرع واكلها الذئب لا يضمن واما لو ساقها فتضمن [واما اذا كان اجفلها

قصداً فيضمن . وكذا اذا جفلت الدابة من صوت البندقية التي رماها الصياد قصداً للصيد فوقعت وتلفت او انكسر احد اعضائها فلا يلزم الضمان واما اذا كان قد رمى الصياد البندقيه بقصد اجفالها فيضمن راجع المادة ٩٣ .

ووجه عدم الضمان في الصورة الاولى فلا نعدام السببية رأساً لان صورة الانسان التي وقع عليها نظر الدابة لا تعد طريقاً مخصوصاً لذلك التلف وانما السبب الحقيقي وحشة الدابة من صورة الانسان اما الضمان في صورة الاجفال واضح للتعدي .

المادة ٩٢٤ [يشترط التعدي] والتعمد [في كون التسبب موجباً للضمان على ماذكر انفاً يعني ضمان المتسبب في الضرر مشروط بعمله فعلاً مفضياً الى ذلك الضرر بغير حق مثلاً لو حفر احد في الطريق العام بئراً بلا اذن اولي الامر ووقعت فيه دابة الآخر وتلفت يضمن] لان لكل انسان التصرف في ملكه وكذا اذا هدم احد داره فهدمت بسبب الهدم دار جاره لا يضمن . وكذا اذا احرق احد السياج الذي في ارضه فطار منه الشرر واحرق مزروعات جاره ينظر فاذا كانت ارضه بعيدة عن ارض جاره وكانت الشرارة التي تطير من ارضه لا تصل الى ارض جاره لا يضمن لان له ايقاد النار بشرط السلامة وفي الخانية اذا كانت ارض جاره قريبة من ارضه بان كان الزرعان ملتفين او قريبان من الالتفاف على وجه يعلم ان ناره تصل الى زرع جاره يضمن صاحب النار زرع الجار وكذا اذا اوقد احد ناراً في داره فالتهمت النار دار جاره ينظر فاذا كان اضرام النار على الوجه المعتاد لا يضمن والا يضمن .

وكذا اذا مر احد في الطريق العام وسقط النار الذي في يده قضاءً واحرق مال غيره لا يضمن . وكذا اذا مر من مكان لا حق له بان يمر منه واحرق مال غيره بسبب الشرارة التي خرجت من النار التي في يده بتأثير الهواء لا يضمن . اما لو مر من مكان لا حق له ان يمر منه وسقطت النار من يده واتلفت مال غيره يضمن .

المادة ٩٢٥ [لو فعل احد فعلاً يكون سبباً لتلف شيء فحال في ذلك الوقت فعل

اختياري يعني ان شخصاً آخر اتلف ذلك الشي مباشرة يكون ذلك الفاعل المباشر الذي هو صاحب الفعل الاختياري ضامناً راجع مادة ٩٠] .

مثلاً اذا حفر احد بئراً في الطريق العام بغير حق والقى آخر دابة غيره في ذلك البئر فالضمان على من القى الدابة . وكذا اذا مسك زيد عمرواً وقتله بكر فالضمان على القاتل . وكذا لو سرق السارق المال بارائته اياه من آخر فالضمان على السارق لا على الذي اراه اياه . وكذا لو اتفق اثنان على ان يفتح احدهما الباب ويسرق الامتعة فالضمان على السارق لا على فاتح الباب . وكذا لو خرج احد ليلاً من الخان وترك بابه مفتوحاً فدخل السارق وسرق ما فيه فالضمان على السارق . وكذا اذا امر الجاني اعوانه لارتكاب سرقة او قتل فالضمان على القاتل . وكذا اذا هجم العدو على مدينة وقتل البعض من اهلها حينما كان الحارس يحرسها فالضمان على القاتل لا على الحارس . وكذا اذا امر احد غيره بذبح غنمة له وقبل الذبح باعها صاحبها من آخر ثم ذبحها المأمور يضمن سواء علم بوقوع البيع ام لم يعلم الا اذا كان المأمور مستأجراً للذبح فيرجع على آمره بما ضمنه . وكذا اذا قال احد لآخر اذهب من هذا الطريق فانها امينة فذهب منها وسلب فالضمان على من سلبه . وكذا اذا استعار احد دابة الآخر وحملها اثقالاً وجرحت بسبب ذلك ثم شق صاحبها الجرح وحصل بقيمتها نقصان بعد الشفاء ينظر فاذا حصل النقصان من الشق فلا ضمان على الذي حملها واذا كان النقصان من التحميل يضمن .

اما اذا كان المديون بيد الدائن وخلصه آخر من يده ففر وضاع الدين لا يضمن الآخر شيئاً بل يعذر (خانيه) وكذا اذا قال احد لآخر كل من هذا الطعام فانه طيب فأكل وظهر انه مسموم لا يضمن (هنديه) .

يستثنى من ذلك الجاسوس فانه يضمن الجريمة التي تقع بسبب تجسسه وسعايته . وفي البهجة اذا غمز احد اهل العرف المعروفين بالظلم آخر وتسبب له بدفع جريمة يضمن الآخذ والغامز . ويقال لهذا جاسوس ومثلث لانه يضر بنفسه ويظلم غيره ويسوق غيره للظلم وقد قال كعب الاحبار المثلثون هم ادنى الناس واردأهم . بناءً عليه اذا اخبر احد ظالماً بحنطة او فرس لغيره واعلمه مكانها فأخذها الظالم عنوة فلصاحبها تضمين المخبر (طحطاوي) .

الفصل الثالث

في ما يحدث في الطريق العام

اي في الطريق العام للقرى والامصار لا في الطرق الموجودة في الصحراء والمفازات لان من يحفر بئراً في المفازات في منتصف الطريق يضمن خلافاً لطرق القرى والقصبات فانها واسعة ويمكن للمارة ان تجتنب المحل الخطر وتمر من السالم ٠

المادة ٩٢٦ [لكل احد حق المرور من الطريق العام] راكباً او ماشياً سواء كان من اهل القصبة التي فيها الطريق او من اهل قرية وقصبة غيرها [لكن بشرط السلامة] لان الطريق العام هو ملك مشترك لجميع الناس فكل من مرّ منه ذو حصة فيه [يعني انه مقيد بشرط ان لا يضر غيره بالحالات التي يمكن التحرز منها فلو سقط عن ظهر الحمال حمل واتلف مال احد يكون الحمال ضامناً] وكذا لو وضع الحمال حمله في الطريق العام ومر احد به فوقع وتلف ماله يضمن صاحب الحمل لانه هو الذي وضع الحمل في ذلك الموضع اذا لم يتخلل بين وقوع الحمل في ذلك الوضع فعل غيره (خانيه) ٠

ويحترز بكلمة الطريق العام من ارض الغير ودار الغير ففي المرور من ارض الغير تفصيل فاذا كانت الارض محاطة بجدار او سياج او كان صاحبها قد منع الدخول فيها فلا يجوز لاحد المرور لان الجدار دلالة على المنع من المرور اما اذا كان صاحب الارض لم يمنع المرور بها ولم يحطها بالجدران فللواحد فقط ان يمر اذا كان لا طريق له الا منها وليس للجماعة ذلك وفي البزازية يجوز لمن اضاع طريقه ان يمر من ارض غيره ولو مزروعة بشرط ان لا يضر بالزرع ٠ وكذا المرور من دار الغير فانه ممنوع يستثنى من ذلك :

١ً — اذا سقط ثوب زيد بدار عمرو فخاف صاحب الثوب من ان يكتم صاحب الدار ثوبه فيما لو خبره فيه فله اخبار بعض الصلحاء بنيته والدخول لدار عمرو واخذ ثوبه منها ٠

٢ً — اذا خطف احد ثوب آخر وفر ودخل لداره فلصاحب الثوب دخول الدار وراءه ومتابعته ٠

٣ً – اذا كان لاحد مجرى في دار جاره يؤمر صاحب الدار باعطاء الاذن لصاحب المجرى بالدخول لداره واصلاح المجرى او باصلاحه من قبله ٠

٤ً – اذا احتاجت الدار المأجورة للتعمير فلصاحبها الدخول لمعاينة ما يحتاجه عند الامامين وليس له ذلك عند الامام الاعظم ٠

وكذا يحترز بكلمة الحمل من العمامة واللباس فاذا سقطت عمامة احد المارة واتلفت مال غيره لا يضمن لان حامل الحمل مقيد بمحافظته من السقوط خلافاً للعمامة واللباس فان صاحبهما لا يقيد بمحافظتها ولان تقييد اللباس والعمامة بقيد السلامة حرج ومشقة ٠

[وكذا اذا احرقت ثياب احد كان ماراً في الطريق الشرارة التي طارت من دكان الحداد حين ضرب به الحديد فيضمن الحداد ثياب ذلك المار] ٠ لان الخسار الحاصل بسبب الشرارة التي طارت من ضرب الحداد هو كالخسار الذي حصل منه بغير قصد ٠ اما لو طارت الشرارة من الكور بسبب الهواء او بدون سبب واضرت بغيره فلا ضمان عليه ٠ وكذا العمال الذين يشتغلون بقطع الاحجار في الجبال او في آبار الفحم اذا وضعوا الفتيل في الصخر لقلعه وقطعه وطار الصخر ونزل على دار فخربها فالضمان على واضع الفتيل ٠

المادة ٩٢٧ [ليس لاحد الجلوس في الطريق العام (للبيع والشراء) ووضع شيء فيه واحداثه بلا اذن أولي الامر] لان الطريق للمرور لا للجلوس واستعمال الطريق للبيع والشراء هو استعمال لغير ما وضع له والجالس قد تسبب للضرر تعدياً اما اذا جلس احد في الطريق العام وباع واشترى باذن ولي الامر فلا يضمن ٠

[واذا فعل فيضمن الضرر والخسار الذي تولد من ذلك الفعل] ٠ واذا تشبث احد لاحداث الضرر يمنع من تشبثه عند الطرفين ويرفع ما احدثه بالاتفاق اذا كان مضراً بالعامة ٠ واذا كان ما احدثه غير مضر بالعامة كانشاء جسر بين دارين كائنين على جانبي الطريق العام (وهو ما يسموه العامة بالصيباط) فيهدم ايضاً عند ابي حنيفة ولا يهدم عند محمد وقد قبلت المجلة هذا الراي الثاني في المادة ١٢١٣ فوجب العمل بمقتضاه ٠

وتفصيل ذلك هو ان الامام الاعظم قال ان احداث الكنيف والميزاب وما شابه ذلك والجلوس

في الطريق العام يشترط فيه شرطان الاول ان لا يكون مضراً بالعامة والثاني ان لا يكون صاحب هذه التجاوزات ممنوعاً من احداثها فلا يجوز احداث ما هو مضر بالعامة ولو لم يمنع واذا احدثت هذه المحدثات او بقيت على حالها يكون صاحبها آثماً ولكل الناس منع من تشبث لاحداث هذه التجاوزات مضرة كانت او غير مضرة ولكل ايضاً طلب رفع هذه المحدثات اذا احدثها اصحابها خلسة لان تدبير ما يعود من مصالح الطرق العامة يعود لولي الامر ولجميع الناس احراراً كانوا او عبيداً رجالاً او نساءً طلب منع هذا التجاوز ولا يشترط لطالب المنع والرفع ان يكون غير متجاوز على الطريق العام لان الناهي عن المنكر لا يجب ان يكون متباعداً عن ما ينهى عنه ٠ اما الامام محمد فقد قال بمنع مثل هذه المحدثات مضرة كانت او غير مضرة ولم يقل برفعها بعد احداثها اذا كانت غير مضرة ٠ اما الامام ابو يوسف فقد قال بعدم جواز المنع وطلب النقض اذا كان الحادث غير مضر ويفهم من ظاهر هذه المادة انها اختارت مذهب الامام الاعظم الا ان المجلة قد قبلت مذهب الامام محمد في المادة ١٢١٣ فمن الضروري قبول المذهب المشار اليه في هذه المادة ٠ وهذا بحق ما احدثه المحدث لنفسه فاذا احدثه للعامة كمن بنى شجرة في الطريق العام ليستظل العامة بها لا ترفع بالاتفاق الا اذا كانت مضرة بالعامة ٠

يستثنى من حكم هذه المادة القاء الثلوج في الطريق العامة اذا تراكمت في الدور فاذا القيت وزلق احد المارة بها وتضرر لا يضمن الذي القاها شيئاً من ضرره ٠ ويشترط لحكم هذه المادة ان تكون هذه المحدثات بلا اذن من ولي الامر فاذا انشئت باذنه لا يبقى لاحد حق الاعتراض عليها ٠

لاحقة — لقد احيلت هذه الوظيفة في زماننا الى دوائر البلديات فصارت تنظر بهذه المحدثات والتجاوزات وتزيلها بحسب قوانينها الخاصة وبدون مراجعة المحاكم انتهى ٠

قلنا واذا فعل يضمن الضرر والخسار الحاصل من ذلك الفعل وهنا قاعدتان القاعدة الاولى كل من وضع شيئاً في مكان له وضعه فيه لا يسئل عن ضرره لان جواز الشرع مناف للضمان سواء حصل التلف في المكان الذي وضع فيه ذلك الشيء او في مكان غيره ٠ والقاعدة الثانية هي كل من وضع شيئاً في مكان لا حق له بوضعه فيه يسئل عن ضرره الذي حصل منه وهو في موضعه ولا يسئل عن ضرره الذي حصل منه في غير موضعه ٠ وفي الخانيه ان وضع جمرة في الطريق فهبت

بها الريح وازالتها عن مكانها فاحرقت شيئاً لا يضمن الضرر الواضع وكذا لو وضع حجراً في الطريق فجاء السيل ودحرجه فكسرت شيئاً لا يضمن الواضع شيئاً لان جنايته قد زالت بالريح والماء .

[بناءً عليه لو وضع احد في الطريق العام الحجارة وأدوات العمارة وعثر بها حيوان اخر وتلف يضمن] اما لو نقل هذه الحجارة احد من مكانها الى مكان آخر وحدث بها ضرر فالضمان على من نقلها لا على من وضعها وكذا لو وضع احد في الطريق العام الحجارة وادوات العمارة وعثر بها انسان ومات يضمن ديته .

وقد اشير بكلمة (عثر) المحررة في هذه المادة الى ثلاث مسائل الاولى اذا لم يعثر الحيوان بهذه الاحجار بل خاف منها وفر وتلف بسبب آخر فلا يضمن صاحب الاحجار شيئاً من قيمته . والثانية اذا انشأ احد في الطريق العام جسراً كبيراً يراه سائر الناس فمر عليه احد وسقط لا يضمن . وكذا اذا وضع احد شجرة في الطريق العام فمر غيره عليها قصداً واصابه ضرر فلا يضمن الذي وضعها شيئاً واذا كان المار أعمى ومر على هذا الجسر او الشجرة من حيث لا يشعر واصابه ضرر يضمن الذي وضعها ذلك الضرر .

واذا احدث رجل شيئاً مضراً بالعامة ثم باع ملكه الذي وضع فيه هذا الامر الحادث من غيره وحصل بعد ذلك ضرر والمبيع في يد المشتري فالضمان على الذي احدث لا على المشتري .

وكذا اذا وضع احد النار في الطريق العام في يوم هواء فاشعل الهواء النار واضر بالعامة يضمن اما اذا وضعه في يوم لا هواء فيه فلا يضمن .

[كذلك لو صب احد على الطريق العام شيئاً يزلق به كالدهن وزلق به حيوان وتلف يضمن] وكذا اذا القى احد قشر البطيخ في الطريق العام وزلق به احد ومات يضمن الدية . وكذا اذا أمر احد آخر ان يرش له الماء امام دكانه فرش المأمور ثم مر رجل وزلق ومات يضمن الآمر لا الفاعل استحساناً (رد المحتار) .

اما القيود الواردة في هذه المادة فهي :

١ — (بدون اذن ولي الامر) . لان لولي الامر حق اعطاء الاذن في الطريق العامة وله وحده التصرف بها دون سائر الناس .

٢ — (الطريق العام) خلافاً للطريق الخاص لان الطريق الخاص ملك لأصحابه. فليس للاجنبي التصرف به بدون اذن جميع اصحاب الطريق ولكل واحد من اصحابه طلب رفع هذا التصرف ولاصحاب الطريق التصرف فيه لانه من توابع السكنى فلا يضمن احد اصحاب الطريق الضرر الحاصل مما احدثه في الطريق الخاص بصورة مشروعة وينتفي الضمان بامرين الاول لتعمد المرور والثاني ان يكون الوضع والاحداث بامر اولي الامر واذا حصل امر اولي الامر مشروطاً بشرط يجب مراعاته فاذا اذن ولي الامر بحفر بئر في الطريق العام وامر بوضع الخشب باطرافه وبوضع قنديل فوقه في الليل مخافة من سقوط احد فيه ولم يقم الحافر بما اشترط عليه وحصل ضرر يضمن ٠

المادة ٩٢٨ [لو سقط حائط احد واورث غيره ضرراً لا يلزم الضمان]

ولو كان الحائط مائلاً الى الانهدام لان صاحب الحائط ليس بمباشر ولا بمتسبب متعمد الا اذا كان انشاء الحائط في الاصل غير موافق للفن والاصول وسقط ووقع منه ضرر يضمن صاحبه لتعديه ابتداءً ٠

[ولكن لو كان الحائط مائلاً الى الانهدام اولاً وكان قد نبه عليه وتقدم بقوله اهدم حائطك وكان قد مضى وقت يمكن هدم الحائط فيه يلزم الضمان]

استحساناً لا قياساً لان صاحب الحائط لم يكن متعدياً بانشاء الحائط في الاصل والسقوط لم يكن من فعله (جامع الفصولين) ٠

واعلم بان كلمة الحائط لم تكن قيداً احترازياً فاذا كان لاحد بناء فوقاني وسقط واضر على هذا الوجه بعد التقدم والتنبيه يضمن صاحبه الضرر الحاصل من سقوطه وكذا اذا بقيت هذه الانقاض في الطريق وعثر بها احد وتضرر بعد التقدم والتنبيه يضمن صاحبها الضرر ٠

ولا يشترط ان يقع التنبيه والتقدم الى صاحب الحائط الحقيقي والحكمي فالراهن والمؤجر واحد الشركاء في الملك المشترك والوارث ولو التركة مستغرقة بالدين جميعهم اصحاب الملك حقيقة لامكان فك الرهن من الراهن وفسخ الاجارة من المؤجر ومراجعة الشريك الحاكم واخذ الاذن منه وهدم الجدار المائل الى الانهدام والذي وقع التقدم والتنبيه من اجله ٠

اما الصاحب الحكمي فهو الولي والوصي ومتولي الوقف فاذا سقط جدار الصغير او المجنون او المعتوه بعد التقدم والتنبيه على الولي والوصي او سقط جدار ملك الوقف او جدار العقار الجاري التصرف فيه بالاجارتين بعد التقدم والتنبيه على متولي الوقف واحدث ضرراً يضمن الضرر من مال الصغير والمعتوه ومن مال الوقف لا من مال الولي والوصي والوقف · اما التقدم والتنبيه في المقاطعة والعمار والبناء فانه يجب ان يكون الى صاحب البناء لا الى جهة الوقف لان صاحب البناء هو المالك الحقيقي · ويجب على المتقدم ان يقول لصاحب الحائط اهدم حائطك لان الامر بالهدم يجب ان يكون بلفظ يفيد الطلب لا بلفظ يفيد المشورة والنصيحة ·

و يضمن صاحب الحائط الضرر سواء وقع بالذات او بالواسطة فمثال ما وقع بالذات هو ان الجدار اذا سقط واتلف جدار آخر او قتل آخر يضمن صاحبه الضرر و كذا اذا سقط جدار احد وقتل آخر ثم عثر احد بالانقاض وقتل فيضمن صاحب الجدار دية القتيلين اما لو عثر احد بالقتيل الاول او بالقتيل الثاني وقتل لا يضمن صاحب الجدار ديته لان صاحب الجدار يجبر على رفع الانقاض ولا يجبر على رفع القتيل لان رفع القتيل يعود لوليه (خانية) ·

اما مثال ما وقع بالواسطة فهو ان يسقط حائط احد على حائط آخر فيتلفه و يسقط هذا الحائط على حائط آخر فيتلفه ايضاً فصاحب الحائط الاول يضمن ضرر الحائطين اما اذا عثر احد بانقاض الجدار الثاني ومات فدمه هدر لان انقاض الحائط الثاني ملك صاحبها فليس لصاحب الحائط الاول رفعها وصاحب الحائط الثاني لم يكن متعدياً ·

واذا لم يقع اتلاف بالذات او بالواسطة بل بسبب آخر فلا يلزم الضمان فلو سقط الحائط بعد التقدم والتنبيه وفر حيوان الآخر وتلف لا يضمن صاحب الجدار شيئاً ·

و يشترط ان يكون الحائط مائلاً للانهدام فاذا وقع التقدم بحق حائط غير مائل الى الانهدام وهدم او وقع بحق حائط طويل بعضه مائل للانهدام و بعضه غير مائل للانهدام وسقط ووقع التلف من الجهة الغير المائلة الى الانهدام فلا يضمن صاحبه · ويشترط وقوع التقدم قبل الانهدام فلا يعتبر التقدم الواقع بعد وقوع الضرر ولا يشترط مراجعة الحاكم واجراء التقدم بحضوره وحيث يجب اثبات وقوع التقدم عند انكاره فيجب على المتقدم استشهاد شاهدين عند التقدم لاثبات دعواه فيه ·

ويجوز تأجيل طلب الهدم بعد التقدم والابراء منه فيما يعود الى الأفراد ولا يجوز ذلك فيما يعود الى العامة لان رفع الضرر الحاصل على العامة عاجلاً هو من الحقوق العمومية فليس لاحد افراد الناس ولا للحاكم تأجيله فاذا وقع الضرر ولو بعد التأجيل يضمن صاحب الحائط ولو ضرر الذي اجل اذ تأخيره لم يقع موقعه لان هذا المعنى يعتبر في الشركة الخاصة لا العامة (جامع الفصولين) فاذا مال حائط احد الى الانهدام على الطريق العام ووقع التقدم لصاحبه مدة تزيد عن المعتاد وسقط الحائط يضمن صاحبه الضرر ولو كان السقوط قبل انقضاء المدة اما لو كان الحائط مائلاً على ملك آخر فلصاحب الملك الامهال والابراء والتأجيل لان نفع ذلك وضرره يعود عليه وحده . ويجب ان يكون التقدم الى من يملك هدم الحائط والا يكون سفهاً كالتقدم الواقع الى المرتهن او الى المستأجر والمستودع . و يجب ايضاً ان يمر بعد التقدم وقت يكفي للهدم لان المدة التي تمضي لتدارك العمال هي مستثناة شرعاً . ويجب ان يمتد ملك صاحب الحائط في الحائط من وقت التقدم الى الانهدام فاذا اخرجه من ملكه بعد التقدم يسقط عنه الضمان ولو قبل تسليم المبيع الى المشتري ولا يجب الضمان على المشتري لانه لم يتقدم احد له بطلب الهدم . الا الاضرار الحاصلة بسبب الاشياء الموضوعة في الطريق العام فالضمان على واضعها ولو حصل الضرر بعد خروجها من ملكه لان وضعها في الاصل في الطريق جناية فلا يزول اثرها بالبيع .

ولا يعود التقدم بعد البطلان فاذا وقع البيع والهبة والتسليم بعد التقدم ثم عاد ملك المالك لا يعود الضمان فاذا باع المالك ملكه بعد التقدم ورد له المبيع بخيار رؤية او بخيار عيب لا يعود الضمان . لان الساقط لا يعود ولا يسقط الضمان بالبيع بخيار الشرط للبائع لان خيار الشرط للبائع لا يزيل قدرة اصلاح البائع لجداره بعد البيع وفي مدة الخيار و يسقط الضمان اذا وقع الضرر بعد اسقاط البائع حق خياره . وكذا يجوز حكم التقدم والضمان اذا جن صاحب الحائط جنوناً مطبقاً لسقوط التصرف بالجنون واذا فاق المجنون من جنونه لا يعود التقدم السابق . وكذا اذا وقع التقدم لولي الصغير فبلغ وسقط الحائط فلا يضمن الضرر الولي ولا الصغير لان الولاية سقطت بالبلوغ . لم يقع التقدم الى الصبي . وكذا يسقط التقدم الواقع لمتولي الوقف اذا عزل او توفي .

ويشترط في التقدم ان يكون المتقدم من اصحاب حق التقدم كما سيبين ذلك في الفقرة الآتية :

[ولكن يشترط ان يكون المنبه من اصحاب حق التقدم والتنبيه اي اذا كان الحائط سقط على دار الجيران فيلزم ان يكون الذي تقدم من سكان تلك الدار] سواء كان الساكن مالكاً او مستأجراً او مرتهناً لان الضرر يعود عليه واذا تعدد السكان فيكفي تقدم واحد منهم . [ولا يقيد تقدم احد من الخارج وتنبيهه واذا كان قد انهدم على الطريق الخاص فيلزم ان يكون الذي تقدم ممن له حق المرور في ذلك الطريق وان كان الانهدام على الطريق العام فلكل احد حق التقدم] .

واذا اجتمع الضرر اي اذا اضر انهدام الحائط بالطريق العام وبملك احد فيكفي فيه التقدم اذا وقع من صاحب الملك لانه ذو ولاية في ملكه وذو حق في الطريق العام اما اذا لم يتقدم صاحب هذا الحق وتقدم غيره وسقط الحائط على ملكه فليس له تضمين الضرر .

* * *

الفصل الرابع

في جناية الحيوان

المادة ٩٢٩ [الضرر الذي احدثه الحيوان بنفسه لا يضمنه صاحبه راجع مادة ٩٤]

سواء وقع الضرر ليلاً او نهاراً او كان صاحب الحيوان معه او لم يكن عند الامام الاعظم لان حديث (العجماء جبار) ورد مطلقاً والمطلق يجري على اطلاقه اما الأئمة الثلاثة فقد قالوا بلزوم تضمين صاحب الحيوان او مستأجره او مستعيره اذا كان معه والا فلا . بناءً عليه اذا دخل احد دار آخر وعضه كلب صاحب الدار العقور فلا يضمن صاحب الدار شيئاً من الضرر الا اذا كان صاحب الدار قد هيجه على الداخل لداره . وكذا اذا اتلف جمل احد جمل الآخر في المرعى او اتلفت دابة احد زرع الآخر بدون فعل من صاحبها فلا يضمن . وكذا اذا وضع احد دابته بالقرب من نحل الآخر فخرج النحل واتلف الدابة فلا يضمن صاحب النحل شيئاً . وكذا اذا ربط اثنان دابتيهما في آخور واحد فأتلفت احداهما الاخرى وكذا اذا اكلت قطة احد دجاجة غيره .

وكذا اذا ربط اثنان دوابهما في مكان لهما حق الربط فيه او ليس لهما حق الربط فيه واتلفت احداهما الاخرى او اتلفت فرس احد بيد البيطار وهو يحذيها فلا ضمان على احد . وكذا اذا كان الفرس لا يأخذ اللجام وركض وصاحبه لا يقدر على ضبطه واوقع جناية فلا يضمن صاحبه شيئاً .

اما اذا ادخل دابته في زرع غيره وافسده او سلط كلبه على اخر فعضه او قتله يضمن ارشه او ديته . [ولكن لو استهلك حيوان مال احد ورآه صاحبه ولم يمنعه يضمن] واذا رآه غيره ولم يمنعه لا يضمن لان فائدة أكل الحيوان تعود لصاحبه لا لغيره .

[ويضمن صاحب الثور النطوح والكلب العقور ما اتلفاه] بحق الانسان [اذا تقدم احد من اهل محلته او قريته بقوله حافظ على حيوانك ولم يحافظ عليه] ولا يضمن ما اوقعه الثور قبل التقدم ولا يضمن ايضاً ما اوقعه الحيوان من الضرر بحق المال فاذا كان لاحد كلباً اعتاد أكل العنب وتقدم اهل القرية لصاحبه بقولهم امنع كلبك من الخروج واحفظ عليه فلم يمنعه وأكل عنب احد المتقدمين لا يضمن لان التقدم يفيد فيما يعود تلفه على الانسان فاذا تلف الانسان بعد التقدم تجب الدية ويجب ضمان المال الذي تلف تبعاً لذلك ولا يفيد التقدم فيما يعود تلفه على المال فقط كما ورد في قضية أكل العنب (تنقيح) .

المادة ٩٣٠ [لا يضمن صاحب الدابة التي اضرت بيديها او ذيلها او رجلها حال كونها في ملكه] مستقلاً او مشتركاً [راكباً كان او لم يكن] ويضمن الضرر الذي وقع بدعسها واتلافها باحدى قوائمها لانه تلف مباشر .

المادة ٩٣١ [اذا ادخل احد دابته في ملك غيره باذنه فلا يضمن جنايتها في الصور التي ذكرت في المادة آنفاً حيث انها تعد كالكائنة في ملكه] وكذا اذا دخلت الدابة في ملك الغير باذن صاحب الملك واوقعت احدي تلك الجنايات ويضمن ما احدثته من التلف اذا وقع ذلك بعثورها او دعسها كما فصل ذلك في المادة السابقة . [وان كان ادخلها

بدون اذن صاحبه يضمن ضرر تلك الدابة وخسارها على كل حال يعني حال كونه راكباً او سائقاً او قائداً او موجوداً عندها او غير موجود] لانه متسبب متعدٍ ٠

[واما لو انفلتت بنفسها ودخلت في ملك الغير] او في الطريق العام [واضرت فلا يضمن] ٠

المادة ٩٣٢ [لكل احد حق المرور في الطريق العام] ماشياً او [مع حيوانه بناءً عليه لا يضمن المار راكباً على حيوانه في الطريق العام الضرر والخسار الذين لا يمكن التحرز عنهما مثلاً لو انتشر من رجل الدابة غبار او طين ولوث ثياب الآخر او رفست برجلها المؤخرة او لطمت بذيلها واضرت لا يلزم الضمان] لان ذلك من ضرورات المرور ولا يمكن التحرز منه ٠ وصاحب الدابة متسبب غير متعدٍ ولا يضمن ايضاً مثل هذه الاضرار اذا وقعت في ملكه الخاص او في الملك المشترك ٠

ويشترط ان يقع هذا الضرر من الدابة وهي تمشي اما اذا اضرت مثل هذا الضرر وهي واقفة فالضمان على صاحبها لانه ليس له ايقافها في الطريق العام ٠ وكذا يضمن اذا اضرت بعد الضرب والشدة منه لانه يكون بذلك متسبباً ومتعدياً ٠ وكذا اذا ضرب الحوذي الدابة بعنف فركضت في الطريق العام واضرت يضمن الحوذي الضرر ٠

[ولكن يضمن الراكب الضرر والخسار الذي وقع من مصادمتها او لطمة يدها] المقدمة او المؤخرة [او رأسها] لامكان التحرز من ذلك ٠

المادة ٩٣٣ [القائد والسائق في الطريق العام كالراكب يعني لا يضمنان الا ما يضمن الراكب من الضرر] ٠

وكذلك الحكم بالمرتدف ٠ واذا سقط شيء من ظهر الدابة واتلف مالاً يضمن صاحب الدابة بدل ما تلف لانه متعد بعدم ربط المال الساقط واذا دعست الدابة شيئاً وكان معها اثنان احدهما يقودها والثاني يسوقها فالضمان عليهما بالاشتراك ٠

المادة ٩٣٤ [ليس لاحد حق توقيف دابته او ربطها في الطريق العام بناءً عليه لو وقَّف او ربط احد دابته في الطريق العام يضمن جنايتها على كل حال سواء رفست بيدها او رجلها او جنت بسائر الوجوه] ٠ لان الطريق العام اعد للمرور فتوقيف الدابه فيه تعدٍ ٠ يستثنى من ذلك ضرر الدابة التي وقفت بالطريق العام للبول او الروث او لضرورة لان الدابة لا تبول غالباً الا اذا وقفت وكذا الوقوف بسبب الازدحام فانه يمنع ضمان الضرر اذا كان صاحب الدابة غير قادر على الرجوع ٠

[واما المحال التي اعدت لتوقيف الدواب كسوق الدواب ومحل وقوف دواب الكراء فمستثناة] وكذا الحكم في الجبال والسهول فلا يضمن صاحب الدابة ضررها اذا وقفت او اوقفها في مثل هذه الاماكن ٠ ويضمن صاحب الدابة الضرر الذي وقع منها اذا ساقها في مثل هذه الاماكن التي اعدت للربط لان السوق فيها تعدٍ ٠

المادة ٩٣٥ [من سيب دابته] التي لم تعتاد ان تسيب [في الطريق العام يضمن الضرر الذي احدثته] عند ابي يوسف وهو القول المفتى به اما عند غير ابي يوسف ففي المسئلة تفصيل فاذا كان صاحبها ورائها ودخلت زرع غيره واتلفته يضمن الضرر بالاتفاق لانه حملها على ذلك وكذا اذا تركها وذهبت فوراً دون ان تميل الى اليمين او الى اليسار واوقعت ضرراً ينظر فاذا كان لا طريق غير الذي مشت فيه يضمن لانها ما دامت في فورها فصاحبها سائق حكماً واذا كان لها طريق آخر لا يضمن وكذا اذا وقفت الدابة بعد ان تركها صاحبها قليلاً ثم مشت واضرت لا يضمن اذا لم يكن صاحبها ورائها لانقطاع السوق ٠

وكذا اذا ترك احد افعى في الطريق العام فاضرت فوراً يضمن واذا مشت قليلاً ثم اضرت لا يضمن وكذا اذا ارسل كلباً فاصاب في فوره انساناً فقتله او مزق ثيابه ضمن المرسل (هنديه) ٠

وكذا اذا وضع جمرة في الطريق العام فاحرقت شيئاً في مكانها يضمن واذا رفعها الهواء من مكانها واحرقت لا يضمن ٠

المادة ٩٣٦ [لو داست دابة مركوبة] او مقودة او مسوقة] لاحد على شيء بيدها او رجلها في ملكه او في ملك الغير واتلفته يعد الراكب قد اتلف ذلك الشيء مباشرة فيضمن على كل حال] .

واذا اجتمع الراكب والسائق وداست الدابة على شيء بيدها او رجلها يضمن الراكب الضرر عند بعض الفقهاء لانه مباشر ويضمن الراكب والسائق الضرر مباشرة .

المادة ٩٣٧ [لو كانت الدابة جموحاً ولم يقدر الراكب على ضبطها واضرت لا يلزم الضمان] ولو كان سكراناً ولا يضاف سير الدابة الى الراكب في مثل هذه الاحوال واذا اختلف الراكب والمتضرر فادعى الراكب انه كان غير قادر على ضبطها وادعى المتضرر انه كان قادراً على ذلك فالقول قول المتضرر اذ لا يفيد انكار اصل الضمان اذا تحقق سبب الضمان .

المادة ٩٣٨ [لو اتلفت الدابة التي كان ربطها صاحبها في ملكه دابة غيره التي اتى بها صاحبها وربطها في ملك ذلك بلا اذنه لا يلزم الضمان] لان صاحب الملك لم يكن مباشراً ولا متسبباً متعدياً بهذا التلف .

[واذا اتلفت تلك الدابة دابة صاحب الملك فيضمن صاحبها] لانه متسبب متعد .

وكذا اذا ادخل احد سفينته في حوض فصدمت سفينة آخر واتلفتها يضمن واذا كسرت سفينته لا يضمن صاحب السفينة المربوطة شيئاً .

المادة ٩٣٩ [اذا ربط شخصان دابتيهما في محل لهما حق الربط فيه فاتلفت احدى الدابتين الاخرى فلا يلزم الضمان] سواء ربط الشخصان دابتيهما معاً او ربط احدهما اولا والثاني ثانياً .

مثلاً [لو اتلفت دابة احد الشريكين في دار دابة الآخر عند ما ربطاهما في تلك الدار لا يلزم الضمان] لانهما وان كانا متسببين فانهما لم يكونا متعديين في ربط دوابهما .

المادة ٩٤٠ [لو ربط اثنان دابتيهما في محل ليس لهما فيه حق رباط حيوان] او في الطريق العام او في ملك اجنبي بدون اذنه [واتلفت دابة الرابط اولاً دابة الرابط موءخراً لا يلزم الضمان واذا كان الامر بالعكس فيلزم الضمان] لان الرابط اولاً وان كان متسبباً الا انه لم يكن متعدياً اما الرابط موءخراً فهو متسبب ومتعدٍ .

***

خاتمة

الجناية بحق الحيوان

١ — اذا ذبح احد دابة غيره او قطع قوائمها فاذا كانت مأكولة اللحم كالغنم فالمالك بالخيار ان شاء ترك المذبوح والمعطل للذابح والقاطع واخذ تمام القيمة وان شاء اخذ المذبوح والمقطوع وضمن نقصان القيمة واذا كانت غير مأكولة اللحم كالحمار فالمالك مخير عند الامام الاعظم وهو القول المفتى به ان شاء ترك المذبوح للذابح وضمنه كل القيمه لان الذبح وقطع القوائم استهلاك وان شاء اخذ الدابة مذبوحة او مقطوعة الايدي ولا يضمن الذابح والقاطع شيئًا اما الامام محمد فقد قال بخيار الماللك ان شاء ترك المذبوحة للذابح وضمنه تمام القيمة وان شاء اخذ المذبوح وضمن الذابح نقصان القيمة (تنوير) .

٢ — اذا اخرج احد عين دجاجة او طير او غنمة غيره يضمن نقصان قيمتها ولو كانت غنمة قصاب اشتراها للذبح فتقوم الغنمة مرة سالمة ومرة معيبة و يضمن المتعدي الفرق بين القيمتين . واذا اخرج المتعدي عينى الدابة والطير فالمالك بالخيار ان شاء اخذ المال وضمن الفاعل نقصان القيمة وان شاء ترك المال وضمنه كل القيمة .

٣ — الدواب التي تستعمل للحمولة والزراعة كالحمير والبغال والابقار والجمال تقدر عينها الواحدة بربع قيمتها فاذا اخرج احد عين جمل الآخر يضمن ربع قيمته (رد المحتار) .

واذا اخرج احد عيني مثل هذه الحيوانات فلصاحبها تركها للمتعدي وتضمينه مجموع قيمتها وليس له اخذها وتضمينه نقصان القيمة لان اتلاف العينين اتلاف لمعظم المنافع فيعد الحيوان قد تلف كله .

٤ — اذا ضرب احد ثور غيره وكسر اضلاعه يضمن عند الامام الاعظم نقصان القيمة فقط (هندية) .

٥ — اذا قطع احد لسان حمار الآخر او دابته يضمن نقصان القيمة عند بعض الفقهاء و يضمن مجموع القيمة عند الفقهاء الآخرين (رد المحتار) .



الكتاب التاسع

في الحجر والاكراه والشفعة ويشتمل على مقدمة وثلاثة ابواب

المقدمة

في الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالحجر والاكراه والشفعة

الحجر يمنع كمال الاهلية اجمالاً وهو معروف في الشرائع القديمة وقد اختص الشرع الاسلامي بتحديد درجات المحجورين والاصل فيه قولى تعالى (واقبلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم)

المادة ٩٤١ [الحجر هو منع شخص مخصوص عن تصرفه القولي ويقال لذلك الشخص بعد الحجر محجور] .

وقد استثنت المجلة تصرف المكره بكلمتي « الشخص المخصوص » لان منعه من التصرف لا يسمي حجراً واستثنيت بعبارة التصرف القولي التصرف الفعلي لان المحجور لا يمنع من تصرفه الفعلي ويمكنه ان يتصرف فعلاً بالكسر والقتل وخلافه ولو حجر لان الاقوال لا اثر لها في الخارج فيمكن ان يقال بنفيها وعدم اعتبارها اما الافعال فلا يمكن انكار وجودها لانها مشاهدة ومحسوسة . ويقسم المنع من التصرف القولي الى ثلاثة اقسام القسم الاول منع التصرف بذاته ومن اصله كمنع الصغير الغير مميز والمجنون من التصرف لبطلان تصرفها . والقسم الثاني منع لزوم ونفاذ التصرف القولي كمنع الصغير المميز والمجنون من بيع ماله . والقسم الثالث منع نفاذ التصرف في الحال كمنع المحجور بالدين من التصرف . راجع المواد ٩٦٦ و ٩٧٩ و ٩٦٧ و ١٠٠٢ من المجلة) .

اما سبب الحجر فهو ان الله تعالى خلق البشر وفضلهم على الانعام والبهائم بالعقل فمن غلب

هواه منهم على عقله كان اردأ من البهائم وأحط وقد قال الله تعالى (ان هم الا كالانعام بل هم اضل) و بما ان الشرع امر بحفظ مال مثل هؤلاء الذين هم اقرب الى البهائم من البشر فمنعهم من التصرفات ولما كانت ملكات الصغار العقلية ليست بكاملة وكان من واجب الشرع حفظ مالهم لذلك فقد منع الشرع الصغار والمجانين والمعتوهين من التصرف ومنع ايضاً الطبيب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس من العمل ومنع المريض مرض الموت من التصرف حال مرضه للغاية نفسها وكذا السفيه والمديون عند الامامين خلافاً للامام الاعظم .

اما محاسن الحجر فهي الشفقة على العباد وهذه اما ان تعود الى المحجور كما هو الحال بحجر الصغير والمجنون والمعتوه والسفيه واما ان تعود الى غير المحجور كما هو الحال بالطبيب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس .

المادة ٩٤٢ [الاذن هو فك الحجر واسقاط حق المنع ويقال للشخص الذي اذن مأذون] . عند ابي حنيفة وصاحبيه اما الامام زفر والامام الشافعي فقد قالا بان الاذن توكيل وانابة وثمرة الخلاف فيما بينهم هي ان الاذن لا يتقيد عند ابي حنيفة وصاحبيه بالزمان والمكان و ببعض الخصوصات و يتقيد عند زفر والشافعي و يجب ان يكون المأذون عاقلاً مميزاً وعالماً بالاذن له وان يكون للآذن ولاية على المأذون ولذا فان الصبي غير المميز والمجنون لا يؤذنان و كذا لا يكون الصغير مأذوناً حتى يعلم ذلك واذا تصرف قبل علمه بالاذن او باذن من لا ولاية له عليه لا يصح تصرفه .

المادة ٩٤٣ [الصغير غير المميز هو الذي لا يفهم البيع والشراء اي لا يعلم كون البيع سالباً للملك والشراء جالباً له ولا يميز الغبن الفاحش مثل ان يغش في العشرة بخمسة من الغبن اليسير والطفل الذي يميز هذه المذكورات يقال له صبي مميز] .

وفي امهات كتب الفقه ما فوق السبع مميز في الاغلب وما دونه غير مميز .

الصغر هو وصف عالق بالانسان من ولادته الى حين بلوغه وتكامل ملكاته العقلية .

المادة ٩٤٤ [الجنون على قسمين احدهما الجنون المطبق وهو الذي جنونه

يستوعب جميع اوقاته والثاني هو الجنون غير المطبق وهو الذي يكون في بعض الاوقات مجنوناً ويفيق في بعضها]:

الجنون هو اختلال العقل وزواله فالمطبق منه هو الذي يستوعب جميع اوقات المجنون كما اذا دام الجنون سنة كاملة لان المجنون يكون بذلك مضت عليه الفصول الاربعة ولم يفق وقد قال بعضهم ان دوام الجنون شهراً واحداً يكفي لان يكون مطبقاً . ثم ان الجنون سواء كان مطبقاً او غير مطبق مانع للتصرفات التي تقع بحالة الجنة كالبيع والشراء والايجار والحوالة والكفالة والايداع وخلافها كما وان الجنون المطبق يمنع التوكيل فاذا وكل المجنون المطبق وافاق يجب عليه تجديد الوكالة . اما الجنون غير المطبق فلا يمنع التوكيل فاذا افاق المجنون لا يكلف بتجديد الوكالة لان الجنون غير المطبق هو كالاغماء فكما لا تبطل الوكالة بالاغماء فانها لا تبطل فيه وللوكيل ايفاء الوكالة في حال جنون الموكل غير المطبق . وكذا الشركة فاذا جن احد الشركاء جنوناً مطبقاً تفسخ الشركة خلافاً للجنون غير المطبق وكذا المضاربة وكذا المأذون يكون منحجراً اذا جن جنوناً مطبقاً ولا يكون منحجراً اذا جن جنوناً غير مطبق .

المادة ٩٤٥ [المعتوه هو الذي اختل شعوره بحيث يكون فهمه قليلاً وكلامه مختلطاً وتدبيره فاسداً] .

المادة ٩٤٦ [السفيه هو الذي يصرف ماله في غير موضعه ويبذر في مصارفه ويضيع امواله ويتلفها بالاسراف والذين لا يزالون يغفلون في اخذهم واعطائهم ولم يعرفوا طرق تجارتهم وتمتعهم بحسب بلاهتهم وخلو قلوبهم يعدون ايضاً من السفهاء] .

التبذير هو صرف الشيء في محل غير لائق والاسراف هو الصرف الزائد عن اللائق في محله .

اما السفه والتبذير فيكونان بالامور الشرية كاعطاء المال للاغاني واطعام اهل الشرب والفسق واعطائهم الجوائز والقاء المال بالنهر او البحر او اسرافه والاسراف في النفقة وقبول الغبن

عمداً في التجارة وصرف جميع الاموال في بناء المساجد اتباعاً للهوي اما صرف المال على الشرب والزنا فلا يكون سفهاً منطبقاً على معنى هذه المادة بل يكون فسقاً ٠

المادة ٩٤٧ [الرشيد هو الذي يتقيد بمحافظة ماله و يتوقى من السفه والتبذير]٠

سواء كان فاسقاً او غير فاسق لان الفسق لا يوجب السفه ولا يمنع الرشد ٠

المادة ٩٤٨ [الاكراه هو اجبار احد على ان يعمل عملاً بغير حق من دون رضاه بالاخافة و يقال له المكره (بفتح الراء) و يقال لمن اجبر مجبر ولذلك العمل مكره عليه وللشيء الموجب للخوف مكره به] ٠

واذا كان الاجبار بحق كاجبار المديون على بيع ماله واداء ما عليه من الدين لا يعد اكراهاً وكذا بيع الرهن عند انقضاء مدته وعدم اداء الدين واجبار العنين على التطليق فيما اذا مضت السنة ولم يتمكن من الفعل ٠

المادة ٩٤٩ [الاكراه على قسمين القسم الاول هو الاكراه الملجيء الذي يكون بالضرب الشديد المؤدي الى اتلاف النفس او قطع العضو والثاني هو الاكراه الغير الملجيء الذي يوجب الغم والألم فقط كالضرب والحبس] ٠

الاكراه بقسميه يسلب رضاء المكره الا انه اما ان يلجئه او لا يلجئه لارتكاب الفعل المأمور به ولهذا اما ان يكون ملجئاً وهو ما يعدم الرضاء و يفسد الاختيار لان الانسان محب للحياة و يضطر لعمل ما امر به حفظاً لها وهذا يكون بالضرب الشديد وقطع العضو والحبس في مكان مظلم يذهب نور البصر و يسبب العمى او الحبس بمكان رطب يؤدي الى الفلج او الموت و يكون غير ملجيء وهو ما يعدم الرضاء ولا يفسد الاختيار ٠ اما الفرق بين الاكراه الملجيء وغير الملجيء من حيث الاحكام فهو ان الاكراه الملجيء مؤثر بالتصرفات القولية والفعلية؛ والاكراه الغير الملجيء مؤثر بالتصرفات الفعلية فقط ٠

المادة ٩٥٠ [الشفعة هي تملك الملك المشترى بمقدار الثمن الذي قام على المشترى] ٠

لذلك لا تجري الشفعة بحق المنقول والعقار المباع اذا كان غير مملوك كالمرصد والكدك والحكر والعمار والبناء والمقاطعة والقيمة ولا تجري بحق الهبة والصدقة والارث لعدم

وقوع التمليك بعوض في هذه العقود الا اذا كانت الهبة بشرط العوض لانها بيع انتهاء . وتجري الشفعة في البلاد الاسلامية فاذا اشترى المسلم عقاراً في البلاد الاجنبية فليس لجاره المسلم اقامة دعوى الشفعة عليه ولو كانت اصول الشفعة مرعية في تلك البلاد . ابو السعود ، حسين حيدر .

المادة ٩٥١ [الشفيع هو من كان له حق الشفعة] .

المادة ٩٥٢ [المشفوع هو العقار الذي تعلق به حق الشفعة] .

المادة ٩٥٣ [المشفوع به هو ملك الشفيع الذي تطلب الشفعة بسببه] .

المادة ٩٥٤ [الخليط هو بمعنى المشارك في حقوق الملك كحصة الماء والطريق] .

المادة ٩٥٥ [الشرب الخاص هو حق شرب الماء الجاري المخصوص بالاشخاص المعدودة واما اخذ الماء من الانهر التي ينتفع بها العامة فليس من قبيل الشرب الخاص] .

الشرب الخاص هو ما عرفته هذه المادة وهو حق شرب الجاري المخصوص بالاشخاص المعدودة الذين ينقص عددهم عن المائة او ما عرف في المادة (١٢٣٩) وهو الانهر التي تتفرق مياهها وتقسم بين الشركاء لكن لا يمحى جميعه في اراض هؤلاء بل له بقية تجري الى المفازات التي تباح للعامة وكان الأولى بالمجلة ان تختار احد هذين التعريفين او هذين الرأيين ولا تجمعهما لاختلافهما .

المادة ٩٥٦ [الطريق الخاص هو الزقاق الذي لا ينفذ] .

وهذا تعريف ناقص لان الطريق العام اذا سد منفذه لا يكون خاصاً والطريق الخاص اذا فتح فيه منفذ للطريق العام لا يكون عاماً وكان الأولى بالمجلة ان تعرف الطريق الخاص بانه الطريق المملوك لاصحابه والطريق العام بالطريق الغير مملوك لاحد لان اصحاب الطريق الخاص لهم منع غيرهم من التصرف بالطريق الخاص ولو كان نافذاً .



الباب الاول

في المسائل المتعلقة بالحجر وينقسم الى اربعة فصول

الفصل الاول

في بيان صنوف المحجورين واحكامهم

المادة ٩٥٧ [الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم] ٠

اسباب الحجز سبعة وهي الرق والصغر والجنون وضرر العامة بالاتفاق والدين والسفه والغفلة عند الامامين والمحجورون قسمان الاول المحجورون بالذات وهم المقيد حجرهم بمرض الموت كهبة المريض في مرض الموت وبيعه ماله لبعض ورثته ووصيته بما زاد عن ثلث ماله ٠ والغير المقيد حجرهم بمرض الموت وهم الصغير والمجنون والمعتوه وجميع هؤلاء لا يحتاج حجرهم لحكم الحاكم ٠ والقسم الثاني المحتاجون لحكم الحاكم وهم السفيه والمديون والطبيب الجاهل والمكاري المفلس والمفتي الماجن ٠ اما الصغير والمجنون المطبق والمعتوه فمحجورون بذاتهم لان الصغير اذا كان غير مميز فهو معدوم العقل واذا كان مميزاً فهو ناقص العقل ٠

المادة ٩٥٨ [للحاكم ان يحجر على السفيه] ٠ عند الامام الثاني ٠ لان الاب والوصي لا ولاية لهم على السفيه ووليه الحاكم انظر المادة « ٩٩٠ » اما القصد من السفيه فهو السفيه الذي طرأ عليه السفه بعد بلوغه اما الصغير اذا بلغ سفيهاً فيبقى محجوراً الى سن الخامسة والعشرين وبعد هذ السن يجري بحقه الاختلاف الآتي :

فالامام ابو يوسف قال ان السفه غير محسوس ويمكن استنتاجه من التغرير في التصرفات وحيث ان الغبن والتغرير يمكن ايقاعها بفعل المتصرف قصداً بقصد امالة القلوب في عالم التجارة ويمكن وقوعهما بسبب عدم تكامل الملكات العقلية وفي مثل ذلك يحتاج الي حكم الحاكم لتعيين التردد ولذا فكما ان السفه يحتاج الى الحكم فان رفع الحجر عن السفيه يحتاج الى الحكم ايضاً ٠

وقال الامام محمد . ان السفيه محجور بذاته ومتى زال سفهه رفع الحجر عنه ولا يحتاج الحجر ورفعه الى حكم اما الامام الاعظم فقد قال بعدم جواز حجر السفيه لان الحجر هو اخراج الانسان من الآدمية والحاقه بالحيوانات وهذا لا يجوز من اجل المال لان العقل والتصرف نعمة اصلية والمال نعمة زائلة فلا يجوز الحكم على الأعلى لحفظ الأدنى . اما المجلة فقد قبلت القول المتوسط وهو قول الامام ابي يوسف . ويجوز للحاكم ان يفك حجر المحجور الذي حجر من حاكم غيره ويجيز له التصرفات ولا يقال ان الاجتهاد قد نقض بالاجتهاد لان الحجر من وجه فتوى وليس بحكم وقضاء من كل الوجوه الا ترى ان القضاء يحتاج الى مقضي له ومضي عليه وفي حجر السفيه لا شيء من ذلك (رد المحتار) .

المادة ٩٥٩ [للحاكم ان يحجر على المديون بطلب الغرماء] .

وذلك بعد الحكم بافلاسه لان الدين اثقل الاحمال وأضر في الدين من خبائث الاعمال عند الصاحبين اما الامام الاعظم فلم يجز الحجر لاجل الدين وقال ان في الحجر سلب ولاية المختار عن الجري على وجه الاختيار . اما السفيه والمديون فهما محجوران عن التصرفات القولية المحتمل فسخها والتي تبطل بالهزل كالبيع والايجار والصدقة الا النكاح والطلاق فانهما لا يدخلان تحت الحجر لكن المهر المسمى اذا كان اكثر من مهر المثل ينزل الى مهر المثل وتكون الزيادة باطلة فيه .

اما الفرق بين السفيه المحجور والمديون المحجور فهو « ١ » ان حجر السفيه يشمل جميع امواله التي كسبها قبل الحجر وبعده وحجر المدين لا يؤثر الا على ماله المكتسب قبل الحجر « ٢ » حجر السفيه لسوء اختياره وحجر المديون حفظاً لمال غرمائه « ٣ » اقرار السفيه حال الحجر لا يفيد في ماله حتى بعد رفع الحجر عنه اما اقرار المدين فلا يعتبر بحق ماله الذي ملكه قبل الاقرار ويعتبر بحق ما يربحه من المال بعد الحجر كما وانه يعتبر في جميع امواله بعد رفع الحجر عنه « ٤ » لا يحكم بحجر المديون الا بعد الحكم بافلاسه خلافاً للسفيه .

المادة ٩٦٠ [المحجورون الذين ذكروا في المواد السابقة وان لم يعتبر تصرفهم لكن يضمنون حالاً الضرر والخسارة اللذين نشأ من فعلهم مثلاً يلزم الضمان على الصبي اذا اتلف مال الغير وان كان غير مميز] .

ولا ينتظر الى بلوغه لان الافعال لا تدخل تحت الحجر • انما يجب ان يكون الفعل المنسوب لهم ثابتاً بالبرهان لا بالاقرار ما لم يكون الاقرار واقعاً حال البلوغ وكذا اقرار المحجور لسفه وتبذير لا يكفي للحكم عليه •

«مستثنيات»

اذا سلم الى الصبي المحجور مال باحد وجوه التسليم واستهلكه لا يضمن عند الطرفين خلافاً للامام الثاني والامام الشافعي فقد قالا بضمانه • مثلاً اذا بيع المال الى الصغير الغير المميز واستلمه واستهلكه فلا يجب عليه اداء الثمن ولا ضمان المال وكذا اذا استأجر مالاً واستلمه واستهلكه • وكذا اذا استرهن مالاً او استقرض مالاً او أودع عنده مال بدون اذن وليه واتلفه لا يضمن اما اذا اتلف الصبي المال المودوع عند ابيه فيضمن والسبب في ذلك هو اننا اذا اردنا ان نضمنه ما سلم له وجب علينا تضمينه ضمان العقد والصبي غير اهل لذلك اما الامام ابو يوسف فقد قال بتضمينه ضمان الفعل لا ضمان العقد انما يجب ان يكون ضمان المتلف مالاً لا نفساً لان النفس معصومة وصاحبها لا يمكنه تمليكها لغيره •

المادة ٩٦١ [اذا حجر السفيه والمديون من طرف الحاكم يشهد ويعلن للناس ببيان سببه] • كي يعرف الناس حجرهم للفرق الموجود بين حجر السفيه والمديون وذلك لاثبات الحجر عند المحجور ولرفع الضرر والغدر عمن يعاملون المحجور •

المادة ٩٦٢ [لا يشترط حضور من اريد حجره من طرف الحاكم ويصح حجره غياباً ايضاً ولكن يشترط وصول خبر الحجر الى ذلك المحجور ولا يكون محجوراً ما لم يصل اليه خبر أنه قد حجر عليه وتكون عقوده واقاريره معتبرة الى ذلك الوقت] •

لان الحجر من وجه قضاء ومن وجه فتوى كما سبق ذكره وهذه المادة شاملة لحجر السفيه والمديون وهي محررة على قول الامام ابي يوسف خلافاً لمحمد حيث قال بان السفيه محجور بنفسه وبدون حكم •

المادة ٩٦٣ [لا يحجر على الفاسق بمجرد سبب فسقه ما لم يبذر ويسرف في ماله] .

المادة ٩٦٤ [يحجر على بعض الاشخاص الذي تكون مضرتهم للعموم كالطبيب الجاهل ولكن المراد هنا من الحجر المنع من اجراء العمل لا منع التصرفات القولية] .

المفتي الماجن هو المفتي الجاهل والمكاري المفلس الذي يأخذ الاجور من الناس ولا دواب له وقد قالت المجلة في الفقرة الاولى من هذه المادة بالحجر وكذا فسرت في الفقرة الثانية الحجر بالمنع فكان الأولى بها ان تستعمل المنع في الفقرتين لوجوب استعمال ذلك لان حجر هؤلاء هو منع من العمل ليس الا .

المادة ٩٦٥ [اذا اشتغل احد بصنعة او تجارة في سوق فليس لارباب هذه الصنعة او التجارة ان يحجروه ويمنعوه من اشتغاله بهذه الصنعة او التجارة قائلين انه يطرأ على ربحنا وكسبنا خلل] . لان طرق اكتساب المال مفتوحة في وجه جميع الناس ولا يثبت سبق السكن في السوق حقاً للساكن الاول .



الفصل الثاني

في بيان المسائل التي تتعلق بالصغير والمجنون والمعتوه

المادة ٩٦٦ [لا تصح تصرفات الصغير غير المميز القولية وان اذن له وليه] ٠ وذلك لفقدان اهلية التصرف ولو كانت هذه التصرفات من قبيل الهبة والصدقة لان البيع والاجارة والكفالة والحوالة والرهن والهبة والشركة والوكالة والصلح والاقرار يجب وقوعها من عاقل مميز كما وان الشهادة والقضاء لا يجوز وقوعها من الصغير كما هو صريح المجلة ٠

المادة ٩٦٧ [يعتبر تصرف الصغير المميز اذا كان في حقه نفع محض] فاذا آجر الصغير نفسه يستحق الاجرة [وان لم يأذن به الولي ولم يجزه كقبول الهدية والهبة ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض وان اذنه بذلك وليه واجازه كأن يهب لآخر شيئاً واما العقود الدائرة بين النفع والضرر في الاصل فتنعقد موقوفة على اجازة وليه ووليه مخير في اعطاء الاجازة وعدمها فان رآها مفيدة في حق الصغير اجازها والا فلا ٠ مثلاً اذا باع الصغير المميز مالاً بلا اذن يكون نفاذ ذلك البيع موقوفاً على اجازة وليه وان كان قد باعه بأزيد من ثمنه لان عقد البيع من العقود المترددة بين النفع والضرر في الاصل] ٠ والقاعدة في ذلك هي ان كل تصرف يمكن لولي الصغير او وصيه ان يعمله في مال الصغير فله ان يأذن الصغير باجرائه وكل تصرف لا يمكن لولي الصغير او وصيه اجراؤه في مال الصغير فليس لهما ولا للصغير بعد البلوغ اجازته ٠ وكذا كل عقد وقع من الصغير في حال عدم وجود ولي او وصي له ليجيزه يكون باطلاً ولا تلحقه الاجازة بالبلوغ مثلاً اذا باع الصغير غير المميز العثماني في البلاد الاجنبية ماله ثم بلغ واجاز البيع لا يجوز لان العقد يجب في الاصل ان يكون قابلاً للاجازة وان يكون حين وقوع العقد ولي الصغير او وصيه الخاص او وليه العام » اي الحاكم « موجوداً ٠ اما العقود التي تنعقد من الصبي المميز باجازة

الولي فهي الاجارة والحوالة والرهن وقبول الامانة والشركة والتوكيل « توكيل الغير » والصلح والاستقراض لدفع المهر المعجل للزوجة . اما رفع الحجر فاما ان يكون بالاذن من الولي او بالبلوغ مع جواز التصرف القولي .

المادة ٩٦٨ [للولي ان يسلم الصغير المميز مقداراً من ماله ويأذن له بالتجارة لاجل التجربة فاذا تحقق رشده دفع وسلم اليه باقي امواله] .

لان الصغير لا يسلم اليه المال دفعة واحدة حتى يتبين رشده واذا سلم الولي والوصي مال الصغير له عند رشده واضاعه لا يضمن واذا سلمه له قبل ان يصير رشيداً واضاعه يضمن .

المادة ٩٦٩ [العقود المكررة التي تدل على انه قصد منها الربح هي اذن بالأخذ والاعطاء مثلاً لو قال الولي للصغير بع واشتر او قال له بع واشتر المال الفلاني فهو اذن بالبيع والشراء واما أمر الولي الصبي باجراء عقد واحد فقط كقوله له اذهب الى السوق واشتر الشيء الفلاني او بعه فليس باذن بل انما يعد من قبيل استخدام الصغير توكيلاً على ما هو المتعارف والمعتاد] .

لان الاذن اسقاط والاسقاط لا يعلق على الزمان والمكان ولا يتقيد بنوع من التصرفات ومن القواعد المقررة ان التقييد بما لا يفيد لغو والتقييد رجوع عن الاذن دلالة ولا عبرة للدلالة مع وجود صريح الاذن . اما اضافة الاذن للمستقبل وتعليقه بالشرط فهو جائز وان التعليق والاضافة يكونان لانتظار الوصف الذي يصلح ان يبتني عليه الاذن وليس ذلك من الاسقاط المحض الغير المعلل بشيء حتى يمتنع تعليقه واضافته .

وكذا قول الولي للصغير آجر نفسك للناس بعمل كذا هو اذن لعدم تعيين الناس الذين أمره بايجار نفسه لهم وكذا اذا قال الولي للصغير خذ هذا الفرس وآجره او حمل احمال الناس عليه فهو اذن . اما اذن الولي للصغير بان يناظر المزروع في ارضه او يشتغل في بنائه او يحاسب مديونه او يدفع ما عليه من الديون فلا يكون اذناً .

المادة ٩٧٠ [لا يتقيد ولا يتخصص اذن الولي بزمان ومكان ولا بنوع من البيع

والشراء مثلاً لو اذن الولي للصغير المميز يوماً او شهراً يكون مأذوناً على الاطلاق ويبقى مستمراً على ذلك الاذن ما لم يحجره الولي وكذا لو قال له بع واشتر في السوق الفلاني يكون مأذوناً في كل مكان وكذلك لو قال له بع واشتر المال الفلاني فله ان يبيع ويشتري كل جنس من المال] ·

اي ان الولي لو علم بان الصبي يمكنه ان يعمل عملاً دون آخر وأمره باجراء ما يعتقد انه قادر على عمله ونهاه عن الاعمال التي يعتقد انه غير قادر عليها لا يعتبر هذا التقييد لان الاذن اسقاط ولا يقبل التقييد وللمأذون البيع والشراء بالغبن الفاحش عند الامام الاعظم اما عند زفر والشافعي فهو توكيل وانابة فيتقيد ويتخصص ·

المادة ٩٧١ [كما يكون الاذن صراحة يكون دلالة ايضاً مثلاً لو رأى الولي الصغير المميز يبيع ويشتري وسكت يكون قد أذنه دلالة] ·

لان السكوت وان كان يدل على الرضاء الا ان العادة اذا كان الولي غير راضٍ من تصرف الصغير يمنعه صراحة فسكوته يدل على رضائه وتعتبر الدلالة اذا لم يقع النهي الصريح لان التصريح اقوى من الدلالة اما القصد من الرؤية اي رؤية الصغير وهو بتصرف علم الولي والوصي فقط لان الرؤية ليست بشرط · والقصد من رؤية الولي في هذه المادة هو الاحتراز من الحاكم لان الحاكم اذا رأى الصغير يتصرف وسكت لا يكون قد اذن له بالتصرف · ثم اعلم ان اول عمل يعمله الصغير ويسكت عنه الولي لا يكون الصغير مأذوناً باجرائه بل يكون الاذن بعد ذاك العمل لان العمل الاول وسيلة للاذن ووسيلة الشيء خارجة عنه ·

المادة ٩٧٢ [لو أذن للصغير من قبل وليه يكون في الخصوصات الداخلة تحت الأذن بمنزلة البالغ وتكون عقودة التي هي كالبيع والشراء معتبرة] ·

واذا الحقه دين من هذه المعاملة التجارية يؤدي من امواله التي ربحها بعد الاذن او وهبت له او كانت له قبل الاذن واذا لم تكف امواله لا يضمن وليه شيئاً حتى ولو وقعت تصرفاته بغبن فاحش عند الامام الاعظم ولو نهاه وليه عن البيع بالغبن الفاحش ودليل الامام على ذلك هو ان

رأي الولي قد الحق برأي الصغير فصار كالبالغ اما الولي فليس له شراء المال للصغير او بيعه بغبن فاحش وليس للولي هبة مال الصغير اما الامامان فلم يجيزا بيع الصغير المأذون ماله بغبن فاحش لان ذلك ليس من التجارة وكذا تصرفات المعتوه وشراءه وشراء الصغير المأذون تدخل تحت هذا الاختلاف يستثنى من ذلك بيع الصغير المأذون ماله لوليه او لوصيه بغبن فاحش فهو غير جائز عند الشيخين وكذا للصغير المأذون عقد السلم والاجارة والتوكيل بما يدخل تحت اذنه من الاعمال كالبيع والشراء لا الهبة والرهن والارتهان وتأجيل الدين والمزارعة والمضاربة والشركة والاستقراض والاقراض والاقرار على القول الراجح فيما يعود الى الاعمال الداخلة تحت مأذونية الصغير وكذا الاقرار بالغصب لان المغصوب يصير ملكاً للغاصب بالضمان فهو من انواع التجارة . اما الاقرار سواء كان مضافاً الى ذمة مورث الصغير او مضافاً الى نفس الصغير المأذون فجميعه جائز واذا اضاف الصبي الاقرار الى حال حجره فاذا كان الاقرار بالغصب يلزمه حالاً سواء وافقه المقر له على ان الغصب وقع حينما كان الصغير محجوراً او بعد الاذن ، اما الاقرار بغير الغصب فاذا وافق المقر له المقر بوقوعه حال الحجر لا يلزم الصغير المأذون منه شيء واذا لم يوافقه على ذلك وادعى وقوع ما وقع الاقرار به في حال الاذن يؤاخذ الصغير باقراره وسواء كان الصغير مدعياً او مدعى عليه في هذه الدعوى والدعوى اذا كانت متعلقة بضمان التجارة يجب اقامتها على الصغير بحضور الوصي ولا يحكم عليه الا بالبرهان واذا اقر الصغير بالقتل لا يلتفت الى اقراره ولا يحكم عليه بالدية بشهادة الشهود على اقراره بالقتل ايضاً خلافاً لبقية التصرفات فانه يحكم عليه بالشهادة المستندة الى اقراره وتحليف اليمين لان الصبي وان كان لا يحنث باليمين الكاذبة الا ان الصبي المأذون لا يتصور ان يحلف اليمين كذباً حفظاً لثقة التجار به فلذا يقبل يمينه وانكاره وهدية الطعام اليسير بالنسبة لمال الصغير خلافاً للتبرع بالنقود فانه ليس له ذلك لانه ضرر محض وكذلك له حط الثمن لاجل العيب بالصورة المعتادة اما بدون العيب فليس له ذلك لانه تبرع .

المادة ٢٧٣ [للولي ان يحجر الصغير بعد ما اذنه و يبطل ذلك الاذن لكن يشترط ان يحجره على الوجه الذى اذن به مثلاً لو اذن الصغير وليه اذناً عاماً فصار ذلك معلوماً لاهل سوقه ثم اراد ان يحجر عليه فيشترط ان يكون الحجر ايضاً عاماً

ليصير معلوماً لا كثر اهل ذلك السوق ولا يصح حجره عليه بمحضر رجلين او ثلاثة في داره] لذلك يشترط :

١ً — ان يكون الحجر من نفس الولي الذي اعطى الاذن واذا وقع الاذن من الحاكم فيجب ان يكون الحجر منه ايضاً لا من الولي ٠

٢ً — لا يقال بان الاذن اسقاط والساقط لا يعود لان الاعمال الآتية بعد الحجر لم تكن موجودة عند الاذن فلا يقال بسقوطها ٠

٣ً — اخبار الصغير بحجره شرط ولا يكفي اخبار اهل سوقه لان الطرف المحجور هو الصبي دون سواه واذا حجره وليه ولم يبلغه ورآه يتصرف ولم ينهه يكون قد اذنه بالتصرف ثانياً بالدلالة ٠

٤ً — اذا كان الاذن عاماً يجب ان يكون النهي عاماً ايضاً فاذا نهاه بحضور بعض اشخاص لا يسري هذا النهي على غير اولئك الاشخاص الذين سمعوا النهي اذا كان الاذن عاماً ويكفي وصول الخبر للمحجور بواسطة المكتوب او الرسول او التبليغ من الولي ٠ ولو كان الرسول صغيراً او فاسقاً لان الرسول يبلغ الرسالة ليس الا ٠

واذا كان وصول الخبر على سبيل الاخبار يجب ان يكون المخبر اثنين ولا يشترط فيهما العدالة او واحداً عدلاً عند الامام وواحداً ولو كان غير عدل عند الامامين واذا اذن الولي الصغير وقبل وصول الخبر اليه حجره لا يلزم تبليغه واذا توفي الولي الآذن او جن جنوناً مطبقاً يبطل الاذن لان الصغير المأذون اجيز له التصرف لانضمام رأي الولي له فاذا مات او جن سقط رأيه وسقط الاذن بسقوطه وكذا اذا جن الصغير سقط الاذن المعطى له ٠

المادة ٩٧٤ [ولي الصغير في هذا الباب اولاً ابوه ثانياً الوصي الذي اختاره ابوه ونصبه في حال حياته اذا مات ابوه ثالثاً الوصي الذي نصبه الوصي المختار في حال حياته اذا مات رابعاً جده الصحيح اي ابو ابي الصغير وابو ابي الاب خامساً الوصي الذي اختاره الجد ونصبه في حال حياته سادساً الوصي الذي نصبه هذا الوصي

سابعاً القاضي او الوصي المنصوب من قبله . اما اذا اذنه اخوه وعمه وسائر الاقارب ان لم يكونوا اوصياء فاذنهم غير جائز] .

الوصي قسمان وضي مختار وهو الوصي الذي عينه الاب او الجد وان على ووصي منصوب وهو الوصي الذي عينه القاضي . اما التصرف على الصغار فهو على ثلاثة انواع .

النوع الاول : التصرف المنحصر في الاولياء المدرجة في هذه المادة وهو يشمل جميع التصرفات والانكاح والبيع والشراء .

النوع الثاني : التصرف المتعلق بضرورة حال الصغار كاشتراء اللباس والغذاء للصغير وبيع ما يجب بيعه له فهذه التصرفات يفعلها الاولياء المار ذكرهم والاخ والعم والام والملتقط انما يشترط ان يكون الصغير في تربيتهم وعيالهم .

النوع الثالث التصرفات التي فيها النفع المحض للصغار كقبول الهبة والصدقة فهذه يجريها اولياؤهم واخوهم وامهم وعمهم وملتقطهم ولو لم يكن بعيالهم وتنقسم الولاية المبينة في هذه المادة الى درجات فلا يجوز للولي في الدرجة الثانية ان يتصرف حال وجود ولي الدرجة الاولى الا الحاكم فانه يتصرف حال وجود الولي المنصوب ولا يقال بان الولاية العامة اقوى من الولاية الخاصة لان القواعد اغلبية لا كلية ولا يقال بان ولاية القاضي اقوي من ولاية الاب اذا امتنع الاب عن رؤية امور الصغير لان الاب اذا امتنع عن القيام بعمل نافع للصغير يكون مانعاً للخير لولده وبهذه الصورة تنتقل الولاية الى القاضي رأساً .

اما الام والعم والاخ والاقرباء فلا ولاية لهم على الصغير . وكذا لا ولاية لوصي الام على الصغير حتى بماله المخلف له عن امه الا اذا كان لا ولي للصغير وكان المال المتروك منقولاً لا يمكن محافظته فيمكن لوصي الام ان يبيع المال المنقول بطريق الحفظ لا بطريق التجارة وليس له بيع العقار مطلقاً اما الاولياء فليس لهم بيع مال الصغير ولا شراء المال له بالغبن الفاحش واذا باعوا او اشتروا على هذا الوجه وبلغ الصغير واجاز ما فعلوه لا يجوز .

المادة ٩٧٥ [للحاكم ان يأذن للصغير المميز عند امتناع الولي الذي هو اقدم منه عن الاذن اذا رأي في تصرفه منفعة وليس للولي الآخر ان يحجر عليه بعد ذلك] .

ولو عزل القاضي الذي اعطى الاذن او توفي لان الاذن من وجه قضاء ومن وجه فتوى ولذلك يجوز لحاكم آخر ان يحجر عليه ·

المادة ٩٧٦ [اذا توفي الولي الذى جعل الصغير مأذوناً فيبطل اذنه] ·

و يبطل تصرف الصغير لو لم يعلم بوفاته كالوكالة فان الوكيل اذا عزل منها لا يعزل قبل التبليغ اما اذا مات الموكل فيعزل الوكيل من وكالته ولو لم يبلغه وفاة الموكل ·

[ولكن لا يبطل اذن الحاكم بوفاته او بعزله] ·

لان اذن الحاكم من جهة فتوى ومن جهة قضاء وحكم فلا يسقط الحكم بوفاة الحاكم ·

المادة ٩٧٧ [الصغير المأذون من حاكم يجوز ان يحجر عليه من ذلك الحاكم او من خلفه وليس لابيه او غيره من الاولياء ان يحجر عليه عند موت الحاكم او عزله] ·

ولا يقال بان الحاكم ليس له ان ينقض حكم حاكم آخر لان هذا الحكم من وجه قضاء ومن وجه فتوي وهو اسقاط للتصرفات السابقة فلا يمتنع على الحاكم حجر الصغير من التصرفات المستقبلة وللحاكم الذي اذن الصغير ذلك ايضاً ·

المادة ٩٧٨ [المعتوه في حكم الصغير المميز] ·

في التصرفات و باحتياجه لاذن الاولياء و بعدم قبول بعض تصرفاته المضره · اما الولاية على المعتوه فهي الى ابيه اذا بلغ معتوهاً والى الحاكم اذا بلغ عاقلاً وطرأ عليه العته بعد ذلك عند ابي يوسف وهذا القياس اما عند محمد فالولاية لابيه وللدرجات المبينة في المادة « ٩٧٣ » وهذا استحسان ·

المادة ٩٧٩ [المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز] ·

فتصرفاته غير صحيحة اصلاً سواء كانت نافعة بحقه كقبول الهبة او مضرة او من انواع التجارة واذا تصرف حال جنونه فليس لوليه اجازة هذا التصرف وليس للمجنون اذا افاق من جنونه اجازة تصرفه اما تصرف المجنون المطبق في حال افاقته فصحيح وذلك لفقدان الاهلية في حالة الجنون ووجودها في حال الصحو والافاقة ·

٩٨٠ [تصرفات المجنون غير المطبق في حال افاقته كتصرف العاقل] .

لان الجنون وهو المانع اذا زال عاد الممنوع . فاذا كان بالغاً نفذ تصرفه واذا كان مراهقاً انعقدت موقوفة على اجازة الولي او الوصي .

الماده ٩٨١ [لا ينبغي ان يستعجل في اعطاء الصبي ماله عند بلوغه بل يجرب بالتأني فاذا تحقق كونه رشيداً تدفع حينئذ اليه امواله] .

فاذا سلم الولي او الوصي البالغ ماله مع علمه انه غير رشيد واتلفه يضمنه الوصي او الولي وكذلك اذا بلغ الصبي رشيداً وتمنع الوصي من تسلمه امواله وتلفت في يده يضمنها ايضاً . وخلاصة القول ان الصغير اما ان يبلغ رشيداً وقادراً على التصرف فتعطى له امواله واما ان يبلغ سفيهاً فلا تدفع له واما ان يبلغ دون ان يعلم ان كان رشيداً او سفيهاً فيجرب ثم تدفع له امواله بالتأني لا دفعة واحدة .

المادة ٩٨٢ [اذا بلغ الصبي غير رشيد فلا تدفع اليه امواله ما لم يتحقق رشده ويمنع من التصرف كما في السابق] .

عند ابي يوسف اما عند محمد فلا يحتاج الى المنع و يكون محجوراً بنفسه ولا تعتبر تصرفاته كلها ومتى تحقق بلوغ الصغير وهو غير رشيد لا تدفع اليه امواله واذا دفعت يضمنها وليه الدافع وكذلك المنع من التصرف الوارد ذكره في هذه المادة قد اخذ من مذهب الامام ابي يوسف اما الامام محمد فقد اعتبر الصغير الذي بلغ غير رشيد ممنوع في الاصل ولا يحتاج عنده الى منع آخر اما الامام الاعظم فقال ان الصغير اذا بلغ سفيهاً لا تدفع امواله له ما لم يبلغ الخامسة والعشرين من عمره ولا يكون محجوراً بل ممنوعاً لان الامام الاعظم لم يجز حجر البالغ . واذا باع واشترى فلوصيه قبض الثمن ودفعه . والفائدة من منعه هو عدم تسليمه المال خوفاً من صرفه في الهبات اما اذا تجاوز سن الخامسة والعشرين فيسلم له ماله لانه يكون جداً ولربما كان ابنه قاضياً فمن العيب ان يقضى بحجره فالمتون الفقهية وان تكن قبلت قول الامام الاعظم انما المجلة قبلت قول الامامين بقولها (ما لم يتحقق رشده) اي ولو بلغ الثمانين اماوجه الخلاف فهو: اذا بلغ الصغير غير رشيد وطلب ماله ولم يعطه وليه له وتلف في يد الولي يضمن عند الامام ولا يضمن عند الامامين

واذا بلغ هكذا وطلب المال ودفع له وهلك لا يضمنه الولي عند الامام ويضمنه عند الامامين واذا بلغ سفيهاً فيكون محجوراً ولا تعتبر تصرفاته عند محمد وتعتبر عند ابي يوسف ما لم يحجر عليه وبما ان الامر السلطاني المؤرخ في ٢٥ ذي الحجة سنة ١٢٨٨ و ٢ شباط سنة ١٢٩٧ قضى بعدم اثبات رشد الصغير الا بعد وصوله للاحدى والعشرين من عمره واذا حكم له بثبوت رشده قبل هذا السن فلا يكون الحكم نافذاً لذلك يمكننا ان نقول بعد هذا الامر ان الرشد اصبح معلوماً ومعيناً فلا حاجة لقبول خلاف من اجله . (راجع المادتين ٥٩ و ٦٠ من نظام الايتام) .

المادة ٩٨٣ [وصي الصغير اذا دفع اليه ماله قبل ثبوت رشده فضاع المال في يد الصغير او اتلفه الصغير يصير الوصي ضامناً] . ولا بد من ثبوت الرشد بحجة شرعية لان مجرد البلوغ لا يثبت الرشد .

المادة ٩٨٤ [اذا اعطي للصغير ماله عند بلوغه ثم تحقق كونه سفيهاً يحجر عليه من قبل الحاكم] .

يعني اولاً اذا تبين انه سفيه بعد البلوغ والرشد او اذا بلغ مجهول الحال ثم ظهر انه سفيه او اذا بلغ سفيهاً يحجر .

المادة ٩٥٨ [يثبت حد البلوغ بالاحتلام والاحبال والحيض والحبل] .

ولا يثبت باللحية والشارب وثخن الصوت وتحجر الثديين (رد المحتار) . ومعناه ان البلوغ يثبت بما يدل على تكامل بنية من ينسب اليه البلوغ حسب قاعدة النمو في الانسان فتمام التكامل في الذكر يثبت باهلية الاحبال وفي النساء بالحيض واهلية الحبل ولما كان التكامل في قوة الجسم يدل على تكامل القوة العقلية غالباً فقد اناط الشرع احكام التكليف بوجود نفس البلوغ .

المادة ~~٢٩٨~~ (٩٨٦) [مبدأ سن البلوغ في الرجل اثنتا عشرة سنة وفي المرأة تسع سنين ومنتهاه في كليهما خمس عشرة سنة واذا اكمل الرجل اثنتي عشرة ولم يبلغ يقال له المراهق وان اكملت المرأة تسعاً ولم تبلغ يقال لها المراهقة الى ان يبلغا] وذلك لان

تتبع احوال المواليد السابقة دل على انه وجد في الرجل من أحبل او احتلم في الاثنتي عشرة سنة ومن الاناث من حصل حيضها وحبلها في التاسعة وصار البلوغ في الثانية عشر من العمر في الرجل غالبًا وقد قيل ان عبد الله بن عمرو بن العاص اصغر من ابيه باثنتي عشرة سنة فقط . اما مبدأ البلوغ فيعتبر عند ظهور اشاراته وعلائمه ولا ينتظر الى انتهاء سن البلوغ .

المادة ٩٨٧ [من ادرك سن البلوغ ولم تظهر فيه آثار البلوغ يعد بالغًا حكمًا] .

عند الصاحبين والأئمة الثلاثة اما الامام الاعظم فقد قال بان الصبي والبنت اذا لم يظهر فيهما آثار البلوغ فلا يعتبران بالغين الا اذا ادرك الصبي سن الثامنة عشر والبنت سن السابعة عشر . والاولى تحرى استقراء جديد يوافق مشارب الناس وطبائعهم في ايامنا .

المادة ٩٨٨ [الصغير الذي لم يدرك مبدأ سن البلوغ اذا ادعى البلوغ لا يقبل] .

لان دعواه يكذبها الحس .

المادة ٩٨٩ [اذا اقر المراهق او المراهقة في حضور الحاكم ببلوغه فان كانت جثة ذلك المقر غير متحملة للبلوغ وكان ظاهر الحال مكذبًا له فلا يصدق وان كانت جثته تتحمل البلوغ ولم يكذبه ظاهر الحال يصدق وتكون عقوده واقاريره نافذة ومعتبرة ولو اراد بعد ذلك ان يفسخ تصرفاته القولية بان يقول اني في ذلك الوقت اي حين اقررت بالبلوغ لم اكن بالغًا فلا يلتفت الى قوله] .

انما يجب على المراهق مدعي البلوغ ان يفسر البلوغ و يبين بما ذا علم البلوغ هل بالحيض او بالاحبال او بالاحتلام ولا يكلف لبيان اكثر من ذلك .



الفصل الثالث

السفيه المحجور

المادة ٩٩٠ [السفيه المحجور هو في المعاملات كالصغير المميز ولكن ولي السفيه الحاكم فقط وليس لابيه وجده وأوصيائه عليه حق ولاية] ٠

قلنا ان تصرفات السفيه كالصغير المميز يعني اذا اذن له ان يتصرف بما يعود عليه بالنفع التام او بما هو من الامور التجارية انما يوجد فرق بين الصبي المميز والسفيه وهو ان ولي الصغير هو الحاكم فقط وان وصايا الصغير باطلة ووصايا السفيه الموافقة للشرع والتي هي من قبيل القربي صحيحة ونكاح الصغير غير صحيح ونكاح السفيه صحيح ٠ وكذا السفيه كالرشيد البالغ بالحج والزكاة والفطرة ووجوب العبادات السائرة والطلاق والنكاح والحدود والقصاص ولو بني ذلك على اقراره ٠

والمقصد من المعاملات هو ما يحتمل فسخه من التصرفات القولية فيخرج الطلاق او ما المال تابع فيه فيخرج النكاح ولذلك فان حجر السفيه يمنع نفاذ تصرفاته التي يؤثر عليها الاكراه او الهزل لان الحجر كالاكراه يعدم الرضاء بما هو مضمون تلك العقود ٠

المادة ٩٩١ [تصرفات السفيه التي تتعلق بالمعاملات القولية الواقعة بعد الحجر لا تصح ولكن تصرفاته قبل الحجر كتصرفات سائر الناس] ٠

وذلك لان الحجر بالسبب الغير الطبيعي موقوف على وجود ذلك السبب فلا يؤثر الحجر على ما تقدم عليه من التصرفات عند ابي يوسف وقال محمد ان السفه وحده سبب للحجر ويزول الحجر بزواله ٠

المادة ٩٩٢ [ينفق على السفيه المحجور وعلى من لزمته نفقتهم من ماله ٠

لان السفية فيما يتعلق بالواجب الالهي و بالاشياء الثابتة باعتبارها حق الناس يعتبر كالبالغ

الرشيد لان السفه لا يبطل حق الناس كنفقة الزوجة والاولاد وذوي الارحام اما اقرار السفيه بالنسب فلا يكفي فيجب على مدعي النفقة اثبات نسبه بالبرهان ٠

واذا كان السفيه رجلاً يعتبر اقراره في الابوة والبنوة والزوجية ومولى العتاقة واذا كان امرأة يعتبر اقرارها في ذلك كله مما عدا البنوة لان فيها تحميل النسب على الغير ٠ وكذا ليس للسفيه ان يقر باعسار من تجب عليه نفقتهم لان ذلك اقرار بالدين ٠

المادة ٩٩٣ [اذا باع السفيه المحجور شيئاً من امواله فلا يكون بيعه نافذاً ولكن اذا رأى الحاكم فيه منفعة يجيزه] الا اذا كان السفيه قد صرف الثمن فلا يجوز للحاكم بعد ذلك اجازة البيع لان بيع السفيه موقوف على اجازة الحاكم فاذا اضاع السفيه الثمن تكون الاجازة مضرة بحقه لا مفيدة واذا اجاز الحاكم بيعه يجوز للمشتري دفع الثمن للسفيه الا اذا نهاه الحاكم عن دفع الثمن فيجب عندها دفع الثمن الى الحاكم واذا دفع المشتري الثمن للسفيه يضمن مثله للحاكم ويكفي لنهي المشتري اخبار واحد عدل او اثنين ولو غير عدلين واذا لم يجز الحاكم بيع السفيه يسترد المبيع من المشتري واذا كان السفيه اتلف الثمن بنفقة او بزكاة وخلافها من الامور الواجبة عليه يدفع الحاكم مثل المال الى المشتري من مال السفيه واذا اتلفه بالفساد فلا يضمن شيئاً للمشتري (هندية) ٠

واذا قال السفيه ان البيع وقع في حال الحجر وقال المشتري انه وقع قبل الحجر فالقول قول المحجور لان بينة الصحة راجحة ٠

واذا قال المحجور بعد فك حجر بعتك هذا حال حجري وقال المشتري اشتريته بعد الحجر فالقول قول المشتري ٠

الخلاصة ان حجر السفيه مانع من نفاذ التصرفات التي كان حائزاً عليها قبل الحجر ولا تبطل اهلية السفيه المحجور بمباشرة تلك التصرفات كما في الصبي المميز لان الحجر عليه يوجب عدم انعقاد تصرفاته بالكليه ٠

المادة ٩٩٤ [لا يصح اقرار السفيه المحجور بدين لآخر مطلقاً يعني ليس لاقراره تأثير في حق امواله الموجودة في وقت الحجر والحادثة بعده] ٠

لانه متى تحقق فقدان الرشد فيقرب احتمال اخراج المقر به من تحت سلطة الحجر ليتصرف المحجور فيه باحدى الوجوه الغير المشروعة . ولا يوأخذ باقراره هذا بعد زوال الحجر ايضاً واذا اختلف السفيه المقر والمقر له بحق الاقرار بعد رفع الحجر فقال السفيه اقررت عند ما كنت محجوراً وقال المقر له اقررت بصحتك فالقول قول المقر .

المادة ٩٩٥ [حقوق الناس التي هي على المحجور تؤدى من ماله] . اذا كانت متعلقة بذمته قبل الحجر او بعده باسباب مشروعة لا يوءثر عليها الحجر كأثمان النفقات والملبوسات وثمن المبيع بمثل قيمته او ازيد اذا لحقته الاجازة .

المادة ٩٩٦ [اذا استقرض السفيه المحجور دراهم وصرفها في نفقته فان كان صرفه اياها بالمعروف اداها الحاكم من ماله وان كان صرفاً زائداً على القدر المعروف يؤدى مقدار نفقته ويبطل الزائد عليها] .

لان الزيادة اسراف ولا يقال بان الاستقراض والاتلاف ملحق بالافعال لان من عادة السفيه تضييع ماله فكان على الدائن ان لا يعطيه شيئاً .

المادة ٩٩٧ [عند صلاح حال السفيه المحجور يفك حجره من قبل الحاكم] .

اما منجزاً او معلقاً لان الممنوع يعود بزوال المانع . والفرق بين المديون المحجور والسفيه المحجور هو ان المديون المحجور يفك حجره بمجرد دفع ما عليه من الدين الى الدائن الذي حجره او بابراء ذمته من قبل الدائن اما السفيه المحجور فلا يفك الحجر عنه الا بحكم الحاكم وان اقرار المحجور بالدين بدين عليه معتبر بعد زوال الحجر ومعتبر بحق ما ربحه من المال حال حجره اما اقرار السفيه المحجور فلا يعتبر لا بحق ماله الموجود حال الحجر ولا بحق المال الحادث .

***

الفصل الرابع

في المديون المحجور

المادة ٩٩٨ [لو ظهر عند الحاكم مماطلة المديون في آداء دينه حال كونه مقتدراً وطلب الغرماء بيع ماله وتأدية دينه حجر الحاكم ماله واذا امتنع عن بيعه وتأدية الدين باعه الحاكم وادى دينه فيبدأ بما بيعه اهون في حق المديون بتقديم النقود اولاً فان لم تف فالعروض وان لم تف العروض ايضاً فالعقار] ٠

اما السبب في حجر المديون فهو كي لا يقر لاحد بدين مواطئة وهذا الحجر يحتاج الى اقامة الدعوى وطلب من الدائن ويجب على الحاكم فيه الاشهاد ٠ ويجب ان تكون الديون التي يجب الحجر من اجلها ثابتة ومحكوم بها ولا فرق بين ان يكون المديون مقتدراً على وفائها ام لا ٠ ولا امتياز للدائن طالب الحجر على بقية الدائنين وليس للمديون اعطاء ما عليه من الدين لاحد الدائنين وترك الباقين واذا فعل يسترد ما دفعه من الدائن ٠ وقد اخذت هذه المادة من قول الامامين اما الامام الاعظم فلم يجز للقاضي ان يقوم مقام المديون ولا ان يبيع ماله بل له ان يأمر بحبسه الى ان يدفع ما عليه لانه رحمه الله تعالى قال بعدم حجر المديون من اجل الدين ٠

وقال رحمه الله لا يحجر على المديون لان تصرفاته تجارة عن تراضٍ ٠

واعلم بان المديون الوارد ذكره في هذه المادة هو المديون الحاضر لا الغائب لان الغائب لا تباع عروضه وعقاراته لعدم امكان القضاء على الغائب ٠ هذا ما ورد في الشرع اما الاصول اليوم المستندة لقانون الاجراء فانها تجيز بيع عقارات المديون الغائب وعروضه بطلب الدائن ٠

المادة ٩٩٩ [المديون المفلس الذي دينه مساوٍ لماله او ازيد اذا خاف غرماؤه ضياع ماله بالتجارة او ان يخفيه او يجعله باسم غيره وراجعوا الحاكم في حجره عن التصرف في ماله او اقراره بدين لآخر حجره الحاكم وباع امواله وقسمها بين الغرماء

ولكن يترك له من الالبسة ما يحتاج اليه وان كان للمديون ثياب ثمينة وكان يمكن الاكتفاء بما دونها باعها واشترى له من ثمنها ثياباً رخيصة تليق بحاله واعطي باقيها للغرماء ايضاً وكذلك ان كان له دار وكان يمكن الاكتفاء بما دونها باعها واشترى من ثمنها داراً مناسبة لحال المديون واعطي باقيها للغرماء] .

ويجب ان تكون الدار مجاورة لدار المديون المباعة لا بعيدة عنها ولا ان تكون في محلة اقل شرفاً من محلة دار المديون وتترك الدار للمديون نفسه فاذا مات قبل اداء الدين ليس لورثته ان يمتنعوا عن بيع دار السكن و يدفعوا ما على مورثهم من الدين لان اداء الدين مقدم على الارث هذا من الوجهة الشرعية اما قانون التصرف في الاموال الغير المنقولة فقد اوجب ترك الدار الكافية لسكنى المديون ولسكنى ورثته من بعده لهم ومنع بيعها لوفاء الدين ما لم تكن مرهونة او ثمنها ناشيء عن نفس الدين . وقد صدر قانون الاجراء بعد هذا القانون وسكت عن الوارث وعن ترجيح الارث بدار السكن على وفاء الدين . اما حجر المفلس الوارد في هذه المادة فانه يجوز قبل حبس المديون و بعده خلافاً للامام الاعظم فانه لا يرى لزوماً للحجر على المفلس ويجيز له تصرفاته . اما الديون الممتازة التي لا تدخل في تقسيم ثمن الموجودات على الغرماء فيما اذا كان موجود المفلس اقل من دينه فهي ثمن المبيع قبل التسليم والدين الذي بمقابله رهن .

المادة ١٠٠٠ [ينفق على المحجور المفلس وعلى من لزمته نفقته مدة الحجر من ماله] .

وتترك له دار سكنه وما يلبسه والتزوج بمهر المثل ويكون بذلك شريكاً للغرماء .

المادة ١٠٠١ [الحجر للدين يؤثر في مال المديون الذي كان موجوداً في وقت الحجر فقط ولا يؤثر في المال الذي تملكه بعد الحجر] .

بناء عليه اذا اقر بدين لآخر لا يعتبر اقراره بما يملكه حين الحجر و يعتبر اقراره فيما ملكه بعد الحجر .

المادة ١٠٠٢ [الحجر يؤثر في كل ما يؤدي الى ابطال حق الغرماء كالهبة والصدقة و بيع مال بأنقص من ثمن مثله بناءً عليه لا تعتبر تصرفات المديون المفلس وتبرعاته وسائر عقوده المضرة بحقوق الغرماء في حق امواله الموجودة وقت الحجر ولكن تعتبر في حق امواله التي اكتسبها بعد الحجر ولو اقر لآخر بدين لا يعتبر اقراره في حق امواله التي كانت موجودة في وقت الحجر و يعتبر بعد زوال الحجر و يبقى مديوناً باداتها دلك الوقت وايضاً ينفذ اقراره على ان يؤدى مما يكتسب بعد الحجر] .

واذا باع المحجور بالدين بثمن المثل او بغبن يسير جاز واذا باع بغبن فاحش يكلف المشتري لاكمال ثمن المثل واذا امتنع فسخ البيع واذا كان البيع لاحد الدائنين فاذا كان لا دائن سواه جاز البيع واذا كان الدائنون متعددين فاذا كان البيع بثمن المثل جاز ولا يجري التقاص لعدم امكان انفراد احد الدائنين بالقبض واذا كان الدين بغبن فاحش يكمل الثمن الى ثمن المثل و يقبض و يوزع من الحاكم على جميع الدائنين .

وهذا كله فيما يتعلق بالافلاس الشرعى اما الافلاس التجاري فيختلف عن الافلاس الشرعي من وجوه منها ان الافلاس التجاري يحبس فيه المديون في اكثر الاحوال ولا يقبل له عذر الا ان يدفع ما عليه من الذمة واذا وجد بعد التحقيق انه مقصر او محتال يجازى حسب صراحة المواد المخصوصة من قانون الجزاء و يعتبر المديون كمتوفي في كل الاحوال وتدار امواله بمعرفة سنديك ومأمور طابق الافلاس ويكون السنديك موجباً برؤية ما الى المفلس وما عليه من الدعاوي كوكيل لطابقه و يعتبر المفلس متوفى بحق امواله .

٭ ٭ ٭

الباب الثاني

في بيان المسائل التي تتعلق بالاكراه

الاكراه يؤثر على مسئولية المكره اجمالاً ونظرياته مختلفه عند علماء الغرب وقد اختص الشرع الاسلامي بتحديد درجاته وبيان ما ينتج عنه من الافعال والاقوال . والاصل في تأثيره في الاقوال قوله تعالى (الا من اكره وقلبه متعلق بالايمان) وقوله ايضاً (الا ان تكون تجارة عن تراضٍ) وفي الافعال ما رواه الترمذي ان امرأة استكرهت في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم على الزنا فأسقط عنها الحد واقامه على من اصابها ويعم الاقوال والافعال قوله عليه الصلاة والسلام (رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) .

المادة ١٠٠٣ [يشترط ان يكون المجبر مقتدراً على ايقاع تهديده بناءً عليه من لم يكن مقتدراً على ايقاع تهديده واجرائه لا يعتبر اكراهه] . لان الاكراه المعدم للرضاء والمفسد للاختيار لا يكون الا اذا كان المجبر مقتدراً على ايقاع تهديده والا يكون هذياناً لا اكراهاً ولا يشترط ان يكون الاكراه فعلاً فاذا قال رجل لآخر اتلف مال زيد وظن هذا الآخر ان الآمر يقتله اذا لم يتلف المال فيكون مكرهاً وله اتلاف ما امر به وكذا لا عبرة للمكان في الاكراه فاذا اكره رجل آخر على بيع داره له واخذه لمجلس القاضي وحرر عليه سنداً بالبيع ذكر فيه ان البيع وقع بالرضاء والاختيار وادعى البائع بعد ذلك الاكراه تسمع دعواه .

المادة ١٠٠٤ [يشترط خوف المكره من وقوع المكره به يعني يشترط حصول ظن غالب للمكره باجراء المجبر المكره به ان لم يفعل المكره عليه] ولو حصل الظن الغالب بان المكره يرفع اكراهه فيما بعد .

لان الظن الغالب حجة يعمل بها لا سيما اذا تعذر الوصول الى اليقين وكذا اذا حصل عند المكره ظن غالب بان المكره لا يوقع اكراهه لا يكون المأمور مكرهاً « هندية » ٠

المادة ١٠٠٥ [ان فعل المكره المكره عليه بحضور المجبر او من يتعلق به يكون الاكراه معتبراً واما اذا فعله في غياب المجبر او من يتعلق به فلا يعتبر لانه يكون قد فعله طوعاً بعد زوال الاكراه مثلاً لو اكره احد آخر على بيع ماله وذهب المكره وباع ماله في غياب المجبر ومن يتعلق به فلا يعتبر الاكراه ويكون البيع صحيحاً ومعتبراً] ٠ وكذا وقع الفعل بحضور من يتعلق بالمكره لا يكون اكراهاً الا اذا كان المكره يخاف من المتعلق به كما يخاف من المكره ويظن ان المتعلق به قادر على ايقاع تهديد المكره ٠

المادة ١٠٠٦ [لا يعتبر البيع الذي وقع باكراه معتبر ولا الشراء ولا الايجار ولا الهبة ولا الفراغ ولا الصلح ولا الاقرار ولا الابراء عن مال ولا تأجيل الدين ولا اسقاط الشفعة ملجئاً كان الاكراه او غير ملجيء ولكن لو اجاز المكره ما ذكر بعد زوال الاكراه] ٠ اي ان للمكره بعد زوال الاكراه الخيار ان شاء فسخ العقد وان شاء اقره لكن المكره لو اراد فسخ العقد وكان العاقد الآخر فعل بالمعقود عليه فعلاً اذا فعله الغاصب انقطع منه حق المالك كطحن الحنطة فلا يعود للمكره حق بفسخ العقد الواقع منه ٠ ولافرق في الفسخ بين ان يكون المكره والمكره حيين ام لا فاذا توفيا او توفي احدهما يبقى حق الفسخ واذا حصل في المعقود عليه زيادة منفصلة متولدة كالثمر والولد او غير متولدة كالاجرة او زيادة متصلة متولدة كالسمن لا يمنع الفسخ اما الزيادة الغير المتولدة المتصلة كالصبغ والخياطة فانها تمنع الفسخ ٠ اما العقود فمنها ما يعتبر نافذاً بالاكراه كالطلاق والنكاح والارضاع والنذر والعتاق والعفو عن القصاص واليمين والرضاع والاعتاق ٠ فاذا تزوج احد امرأة وقبل الدخول بها حقيقة او حكماً (بالخلوة الصحيحة) اكره على الطلاق فطلقها وقع الطلاق منه وللمكره الرجوع على المجبر بنصف المهر الا اذا كان الزوج داخلاً بها فيكون المهر عليه بسبب الدخول لا بسبب

الطلاق فيقع طلاقه وليس له مطالبة المجبر بشيء وكذا التوكيل بالطلاق مكرهاً فلو وكل احد بالطلاق مكرهاً وطلق الوكيل صح الطلاق ووجب المهر وكذا اذ اجبر احد على الزواج بامرأة يقع النكاح واذا اجبر على النكاح باكثر من مهر المثل يعود على المجبر بالزيادة اما لو اجبر الاب على انكاح ابنته الصغيرة بغير الكفي او باقل من مهر المثل فلا يصح النكاح الا اذا ابلغ المهر الى مهر المثل وكذا اذا اجبرت المرأة على ارضاع ولد صح الرضاع وكذا اذا اكره احد على الحلف بان لا يدخل دار آخر يقع اليمين منه ومن العقود ما لا يعتبر نافذاً بالاكراه وهي العقود التي تبطل بالهزل كالبيع بالاكراه فانه غير معتبر وللمكره فسخه ولو تداولت الايادي على المبيع بعقود متعددة واذا اجاز المكره احد العقود جازت لحصول الرضاء ولا فرق بين ان يبيع المكره ماله بالثمن المعين من المكره او باقل منه اما اذا باعه باكثر فيكون المكره تحرى النفع لنفسه و يكون الاكراه لاغياً والبيع لازماً اما الزوائد المتصلة الغير المتولدة فاذا كانت موجودة فللمكره اخذها واذا تلفت لا تضمن واذا استهلكت تضمن عند الامامين واذا تلف المبيع و بقيت الزوائد المتصلة غير المتولدة تكون الى المشتري « تنقيح » .

والاجازة نوعان قولية وفعلية فالقولية قول المكره اجزت والفعلية هي تسليم المعقود عليه واذا وقع البيع بالاكراه يجب ان يقع الاكراه بحق البيع والتسليم لا بحق البيع فقط فاذا ادعى البائع ان بيعه وقع بالاكراه ولم يذكر بدعواه ان البيع والتسليم بالاكراه لا تكون دعواه صحيحة لان البيع شيء والتسليم شيء آخر خلافاً للهبة لانها لا تتم الا بالتسليم .

اما الفرق بين البيع المكره والبيع الفاسد هو ان بيع المكره يصح بالاجازة خلافاً للبيع الفاسد فانه فاسد ولا يصح بالاجازة لان فسخ البيع الفاسد من حق الشرع . وكذا فان البائع بالاكراه له فسخ البيع ولو تداولت عليه الايادي خلافاً للبيع الفاسد فانه اذا تدولت عليه الايادي يمتنع على اليائع فسخه وان البيع بالاكراه اذا استهلك في يد المشتري فللبائع الخيار ان شاء ضمن المجبر وان شاء ضمن المشتري واذا ضمن المشتري فله ان يضمنه قيمة المبيع يوم استهلاكه او يوم استلامه اما المشتري بالبيع الفاسد فلا يضمن الا قيمة المبيع يوم قبضه ولما كان الثمن في يد البائع بالاكراه امانة لانه قبضه باذن المشتري وكذا المبيع في يد المشتري فاذا تلف الثمن او المبيع فلا

ضمان على احد المتبايعين (راجع المادة ٧٦٨) • اما في البيع الفاسد فالطرفان ضامنان (راجع المادة ٣٧١) •

واذا اكره البائع على البيع الفاسد وباع بيعاً صحيحاً فلا يكون بيعه واقعاً بالاكراه واذا وقع الاكراه بحق المتعاقدين فلكل منهما حق الاجازة او الفسخ عند زوال الاكراه واجازة احدهما لا تكفي فاذا وقع الاكراه والعقد على هذا الوجه وتلف المبيع والثمن في يد المتعاقدين يسئلان فاذا قال البائع انه قبض الثمن لنفسه وقال المشتري انه قبض المبيع لنفسه صح البيع و بطلت المطالبة واذا قال كل منهما انه قبض ما قبضه ليحفظه للطرف الآخر وصدقا بعضهما بذلك كانا امناء ولا شيء عليهما واذا لم يصدقا بعضهما يحلفان فاذا حلفا لا شيء عليهما واذا تمنع احدهما عن الحلف يضمن فاذا كان الناكل عن الحلف المشتري يضمن هو والمجبر واذا ضمن المجبر يعود يرجع على البائع • ولما كانت الهبة لا تتم الا بالتسليم وجب ان يقع الاكراه بها عند وقوع عقدها وعند تسليم الموهوب كمن زوج بنته ومنعها من الزفاف ما لم تهب له مالها فوهبته وسلمته الموهوب لا يصح ولو وقع التسليم بعد زوال الاكراه لان اصل العقد باطل فلا يصير صحيحاً بالتسليم •

المادة ١٠٠٧ [كما ان الاكراه الملجيء يكون معتبراً في التصرفات القولية على ما ذكر في المادة السابقة كذلك في التصرفات الفعلية واما الاكراه غير الملجيء فيعتبر في التصرفات القولية فقط ولا يعتبر في التصرفات الفعلية بناءً عليه لو قال احد لآخر اتلف مال فلان والا اقتلك او اقطع احد اعضائك واتلف ذلك يكون الاكراه معتبراً ويلزم الضمان على المجبر فقط واما لو قال أتلف مال فلان والا اضربك او احبسك واتلف ذلك فلا يكون الاكراه معتبراً ويلزم الضمان على المتلف فقط] •

واذا كان المكره عليه اموال اشخاص عديدة فللمكره اتلاف احد هذه الاموال حسب الاكراه والأولى ان يتلف ما قيمته اقل من غيره وان كانت قيمتها متساوية فالأولى ان يتلف مال من هو

اغنى من غيره واذا كانوا متساوين في الغنى فالأولى اتلاف مال من اخلاقه اقل جودة من غيره واذا كلف بالقتل او باتلاف المال فيتلف المال ولا يقتل ولو كانت قيمة المال اكثر من الدية واذا قتل يجب عليه القصاص ٠ ولا يجب ان يكون الاكراه محصوراً في مال الغير فلو اجبر الرجل على اكل مال نفسه وكان شبعاناً يضمن المجبر قيمة ما اكل المكره بخلاف ما اذا كان المكره جائعاً وأكل فلا ضمان على المكره ولا يكون الاكراه على القتل فاذا قال المجبر الى المكره اقتل فلاناً والا اقتلك فلا يجوز له قتله واذا قتله يكون آثماً ومستحقاً للتعذير ٠ اما من جهة الجزاء فقد قال الطرفان ان القتل اذا كان عمداً فالقصاص على المجبر سواء كان المكره بالغاً او غير بالغ لان المكره آلة بيد المكره وهذا محله في الاكراه الملجيء اما الاكراه غير الملجيء فالقصاص فيه على المكره و بما ان النفوس واحدة فالأولى بالانسان ان يكون مقتولاً من ان يكون قاتلاً ومتى اجتمعت مفسدتان فارتكاب اخفهما أولى ولا شك ان تفريط المكره بنفسه في القتل أولى من ان يكون قاتلاً وآثماً ٠



الباب الثالث

في بيان الشفعة وينقسم الى اربعة فصول

الشفعة حق معنوي مبني ثبوته على حديث لا ضرر ولا ضرار وقد اختص الشرع الاسلامي باثبات هذا الحق لانه حاجة من حاجات هذة الشريعة التي قصدت مزج الاقوام المختلفة في الشرائع والتربية في صعيد واحد واخذت الحيطة من اضرار بعضهم بعضاً والاصل في ثبوتها قوله عليه الصلاة والسلام (الشفعة لشريك لم يقاسم) وقوله من حديث جابر (قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود فلا شفعة) وقوله (جار الدار احق بالدار) ٠٠٠

الشفعة — هي تملك الملك المشتري بمقدار الثمن الذي قام على المشتري (مجلة مادة ٩٥٠)

سبب مشروعيتها — التخلص من سوء مجاورة جار السوء والخوف من ايقاد النار واعلاء الجدار واثارة الغبار ومنع ضوء النهار واقامة الدواب ولا يقال بان ضرر المشتري لم يظهر قبل الدعوي لان ضرر الجار غالب والاعتبار للغالب خصوصاً في زماننا ٠

شرطها — عقد المعاوضة كالبيع او الهبة بشرط العوض ولما كانت المعاوضة يجب ان تكون مالية لذلك لا تجري الهبة في عقار اعطي بدلاً من قصاص اما المبيع فيجب ان يكون عقاراً مملوكاً وان يكون ملك البائع وحقه قد زال منه وان يكون مدعي الشفعة مالكاً للعقار المشفوع به لذلك اذا اشتري احد عقاراً بالشراء الفاسد و بعد ان بيعث بجانبه دكان سلم له العقار وصح البيع لا يصح له طلب شفعة الدكان ولو كان البيع اقدم منها لان البيع الفاسد لا يفيد الملك الا بالتسليم واذا استلم المبيع قبل بيع الدكان المجاورة و بيعت وطلبها بالشفعة واخذت منه الدار بفسخ البيع سقط حقه من الشفعة لان بقاء المشفوع بيد الشفيع شرط واذا كان المشفوع به بناء فوقانياً والمدعي شفعته بناء تحتانياً و بعد الدعوي تلف البناء الفوقاني تسقط الشفعة عند الشيخين خلافاً لمحمد لان الفوقاني وان تهدم فله القرار بالتحتاني و يستحق صاحبه الشفعة ولو بعد الهدم (هندية) ٠ ومن جملة شروطها عدم رضاء الشفيع بالبيع ٠

صفتها — هي بمنزلة الشراء المبتدأ فكل شيء يثبت للمشترى بدون الشرط (كالرد بخيار الرؤية) يثبت للشفيع وكل شيء لا يثبت للمشترى الا بالشرط (كخيار الشرط) لا يثبت للشفيع بدون الشرط فاذا كان للمشترى خيار الشرط فلا ينتقل خياره هذا للشفيع لان الشفيع ليس له وضع شرط بالشفعة .

* * *

الفصل الاول

في بيان مراتب الشفعة

المادة ١٠٠٨ [اسباب الشفعة ثلاثة الاول ان يكون مشاركاً في نفس المبيع كاشتراك شخصين في عقار شائعاً] .

فاذا باع احدهما حصته لاجنبي كان الآخر شفيعاً بها ولو كان الشفيع لا يملك من الدار المباعة الا شركة بحصة شائعة باحدى غرفها . [الثاني ان يكون خليطاً في حق المبيع كالاشتراك في حق الشرب الخاص والطريق الخاص] اما الذي له حق امرار الماء في المجرى فقط فلا يستحق الشفعة [مثلاً اذا بيعت احدى الرياض المشتركة في حق الشرب الخاص فتكون اصحاب الرياض الاخر كلهم شفعاء ملاصقة كانت جيرتهم او لم تكن] واذا بيعت الروضه بدون حق الشرب وكانت غير ملاصقة فلا شفعة فيها [وكذلك اذا بيعت الدار التي لها باب في الطريق الخاص فتكون اصحاب الدور الاخر التي لها ابواب في هذا الطريق كلهم شفعاء ملاصقة كانت جيرتهم ام لم تكن واما اذا بيعت احدى الرياض المسقية من نهر ينتفع منه العموم او احدى الديار التي لها في الطريق العام باب فليس لاصحاب الرياض الاخر التي تسقى من ذلك النهر او لاصحاب الديار

الاخر التي لها ابواب في الطريق العام حق الشفعة] وذلك اذا كانت الارض المباعة والارض المشفوع بها خرق مخصوص من نهر عام اما لو كان لهما خرقاً واحداً مشتركاً وبيعت احداهما كانت الثانية مشفوعاً بها . [الثالث ان يكون جاراً ملاصقاً] سواء كان احدهما من اليمين والثاني من اليسار وبابهما من زقاق واحد او كان احدهما بظهر الآخر . اما عبارة الجار الملاصق فهي قيد احترازي يحترز به من الجار المقابل لان ذاك الجار لا يكون شفيعاً الا اذا كان باب داره وباب الدار المباعة بزقاق خاص واحد .

واعلم بان شفعة الشريك الغير المقاسم ثابتة بالاجماع اما الجار الملاصق في الطريق الخاص ونحوه من حقوق الملك ولو لم يكن ملاصقاً والجار الملاصق من الخلف الغير المشارك في حقوق الملك ففي شفعتهم ثلاث مذاهب الاول مذهب اهل المدينة بينهم مالك والشافعي فذهبوا الى عدم استحقاقهم للشفعة عملاً بقوله عليه الصلاة والسلام (فاذا وقعت الحدود فلا شفعة بينهم) والثاني مذهب اهل العراق بينهم ابو حنيفة واصحابه الى استحقاق كل منهم اياها وحجتهم حديث (جار الدار احق بدار الجار) والثالث مذهب اهل البصرة وهو استحقاق الجار المشارك في احدى الحقوق للشفعة وعدم استحقاق الجار الملاصق من الخلف وحجتهم على الاول قوله عليه الصلاة والسلام (اذا كان طريقهما واحداً) وعلى القول الثاني قوله (فاذا صدفت الطرق فلا شفعة) . والشرب والمسيل مثل الطريق ثبوتاً ونفياً واجماعاً . وقد اختارت المجلة مذهب اهل العراق وابي حنيفة كما سيأتي تفصيل ذلك مفصلاً .

المادة ١٠٠٩ [حق الشفعة اولاً للمشارك في نفس المبيع ثانياً للخليط في حق المبيع ثالثاً للجار الملاصق وما دام الاول طالباً ليس للآخرين حق الشفعة وما دام الثاني طالباً فليس للثالث حق الشفعة] . ولا فرق بين ان يكون الطالب كبيراً او صغيراً او امرأة او رجلاً او مسلماً او غير مسلم ذمياً او مستأمناً الا ان شفعة الصبي يطلبها وليه او وصيه واذا كان لا وصي له فللحاكم نصب وصي له (هندية) . اما الترتيب الوارد في هذه المادة فثابت بالحديث الشريف القائل بان (الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع) والقصد من الشفيح هو الجار وثابت ايضاً بالعقل لان الشريك في المبيع ذو علاقة في كل اجزاء المبيع فهو

اقوى من الخليط والجار الملاصق وكذلك الخليط اقوى من الجار الملاصق لعلاقته في حقوق المبيع لذلك لو باع احد حصته من العقار الى شريكه فلا شفعة للخليط وللجار الملاصق في هذا المبيع واذا ترك الشفيع شفعته واسقطها ينتقل الحق الى الخليط بشرط ان يكون الخليط اجرى الطلبات في حينها واذا تركها يسقط حقه ايضاً .

المادة ١٠١٠ [اذا لم يكن مشاركاً في نفس المبيع او كان مشاركاً وترك شفعته] او كان المشارك غائباً او سقطت شفعة الشريك بعد اجرائه الطلبات في حينها او سلم الشريك حق الشفعة [فيكون حق الشفعة للخليط في حق المبيع ان كان ثمة خليط] لان الخليط في الاصل صاحب شفعة وقد تقدم الشريك عليه لانه اقوى منه اما لو قال الشريك انا بريء من الشفعة اذا لم ادفع الثمن في يوم كذا فلا يكون اسقط شفعته لان الاسقاط يجب ان يكون منجزاً لا معلقاً [وان لم يكن] ثمة خليط [او كان واسقط حقه يكون الجار الملاصق شفيعاً على هذا الحال مثلاً اذا باع احد ملكه العقاري المستقل او حصته الشائعة في العقار المشترك وترك المشارك حق شفعته فيكون حق الشفعة للخليط في حق الشرب الخاص او الطريق الخاص ان كان هناك خليط وان لم يكن او كان واسقط حق شفعته فعلى كلتا الحالتين يكون حق الشفعة للجار الملاصق] واذا باع رجل نصف داره مشاعاً ثم تقاسم مع المشتري رضاءً او قضاءً وسلمه مقسمه فللجار الملاصق طلب الشفعة واخذ ما في يد المشتري مفرزاً وليس له نقض القسيمة لان القسمة من وجه مبادلة ومن وجه افراز والافراز يمنع الشفيع لان الشفيع ليس له حق بذلك (ابو السعود) اما لو تقاسم المشتري مع غير البائع فللشفيع نقض القسمة (مجمع الانهر) .

واعلم بان اخذ من ينفرد من المستحقين الثلاثة في درجته بحق الشفعة متفق عليه اما اخذ المستحق منهم بها مع وجود المتقدم عليه في الدرجة الذي اسقط حقه المختار في الجملة فهو قول الطرفين وقال ابو يوسف لا يأخذ بها من يوجد الاقرب منه قياساً على الابعد من الورثة عند ما يسقط الاقرب منه حقه في الميراث فانه لا يأخذ الميراث اتفاقاً انما هذا ليس بحجة لان الاقرب

في الشفعة يمنع القريب من الاخذ لا من الاستحقاق اما في المقيس عليه وهو الارث فان الاقرب يمنع القريب من الاستحقاق اما حجة الطرفين فهي القياس على مستحقي ديون المرض في الشركة فانهم يأخذون ديونهم منها بعد ابراء مستحقي ديون الصحة وعلى كل فان علة مشروعية الشفعة فموجودة من الابعد حينما يسقط الاقرب حقه فيجب ثبوت الحق له من غير تردد .

المادة ١٠١١ [اذا كانت الدرجة العليا من البناء ملك احد والسفلى ملك آخر يعد احدهما للآخر جاراً ملاصقاً] . اذا لم يكن طريقهما واحداً والا يكون كل منهما خليطاً للآخر واذا كان البناء ذا ثلاث درجات و بيع القسم الوسط منه فلكل من صاحب الفوقاني والتحتاني الشفعة اما لو بيع احد الطابقين الفوقاني او التحتاني فالشفعة لصاحب البناء الوسطاني دون غيره استحساناً لان القياس هو ان يكون البناء الفوقاني غير دائم على وجه الدوام لانه يزول بالانهدام والاستحسان ناشيء عن سبب كون صاحبه له انشاؤه فيما اذا تخرب . واذا بيع عقار ملاصق لعقار ذي علوي وعقار سفلي فلكل من صاحبيهما حق الشفعة في المبيع واذا كان البناء العلوي منهدماً فالشفعة لصاحب البناء السفلي فقط عند ابي يوسف ولكليهما عند محمد (هندية) وكذا اذا بيع البناء التحتاني وكان الفوقاني منهدماً فلا شفعة لصاحب الفوقاني عند ابي يوسف وله الشفعة عند محمد لان الشفعة يستحقها صاحب البناء الفوقاني بسبب حق قرار بنائه فقط (رد المحتار وهندية) .

المادة ١٠١٢ [المشارك في حائط الدار] اذا كان الحائط والارض التي بني فيها مشتركاً [هو في حكم المشارك في نفس الدار] مثلاً اذا كانت العرصة مشتركة بين اثنين وبنيا في وسطها جداراً ثم تقاسماها فأخذ احدهما قسماً منها في جانب الجدار واخذ الآخر القسم الآخر يكون الجدار وارضه مشتركة بينهما والا اذا كانت شركتهما في الجدار دون ارضه لا تنطبق في حق شفعتهما هذه المادة لان الشركة في البناء المجرد لا يستحق بها الشفعة (مجمع الانهر) . وكذا لو اقتسما العرصة بينهما وجعلا خطاً ثم افرز كل منهما حصة من مقسمه وبنيا حائطاً مشتركاً لا تكون ارض الجدار مشتركة بينهما ولا تكون لاحدهما شفعة بحصة

الآخر . [واما اذا لم يكن مشاركاً في الحائط ولكن كانت اخشاب سقفه ممتدة على حائط جاره فيعد جاراً ملاصقاً ولا يعد شريكاً وخليطاً بمجرد وضع رؤوس اخشاب سقفه على حائط جاره] (درر وهندية) .

المادة ١٠١٣ [اذا تعددت الشفعاء] بدرجة واحدة واوفى كل منهم شرائط الشفعة [فيعتبر عدد الرؤوس ولا يعتبر مقدار السهام يعني لا اعتبار لمقدار الحصص].

لان الشفعاء مساوون لبعضهم في استحقاق الكل فيقتضي ان يكونوا متساوين لان الترجيح يكون بسبب القوة لا بسبب كثرة العلة والسبب والدليل مثلاً اذا تخاصم اثنان واقام احدهما شاهدين واقام الآخر عشرة شهود فيكونان متساويين بقوة البينة . وكذا اذا جرح اثنان آخر فجرحه احدهما جرحاً واحداً والآخر جروح فمات فيكونان قاتلين سوية ولا فرق بينهما وكذا الخليط في نفس المبيع يرجح على الخليط والجار الملاصق اذا كان واحداً وكذا اذا هجم اثنان على ثالث فجرحه احدهما وقطع الآخر رقبته فالقتل يضاف الى قاطع الرقبة لا الى الجارح (كفاية) .

اما المسائل التي تقسم على عدد الرؤوس فهي خمسة (١) الشفعة (٢) المساحات التي بين الدور (٣) الطريق الخاص (٤) الجنايات مادة « ١١٥٢ » (٥) اجرة القسام « انظر الى كتاب القسمة » [مثلاً لو كان نصف الدار لاحد وثلثها وسدسها لآخرين وباع صاحب النصف حصته لآخر وطالب الآخران بالشفعة يقسم النصف بينهما بالمناصفة وليس لصاحب الثلث ان يأخذ بموجب حصته حصة زائدة على الآخر] .

وكذا اذا كان المشتري احد الشفعاء وادعى الشفعة الشفعاء الآخرون فتقسم الحصة المباعة بينهم و بين المشتري على عدد رؤوسهم (درر) . وكذا اذا اجتمع الجار الملاصق من ثلاث جهات والجار الملاصق من جهة واحدة وادعيا الشفعة تقسم بين رؤسهم ولا تترك حصة الغائب بالشفعة لان حضوره وطلبه مشكوك فيه والشك لا يزيل اليقين اما لو حضر الغائب بعد اخذ المشفوع بالشفعة فله حصته و يقسم المشفوع على عدد رؤوس الشفعاء الموجودين وعليه اذا كان الشفيع الغائب اقوى درجة من الحاضر يأخذ جميع المبيع و يسقط الشفيع الحاضر من حق الشفعة .

المادة ١٠١٤ [اذا اجتمع صنفان من الخلطاء فيقدم الاخص على الاعم مثلاً لو بيعت احدى الرياض التي لها حق شرب من الخرق الذي احدث في النهر الصغير مع شربها فيرجح الذين لهم حق الشرب في ذلك الخرق اما لو بيع احدى الرياض التي لها حق شرب في ذلك النهر مع شربها فالشفعة تعم من له حق شرب في النهر ومن له حق شرب في خرق كما انه اذا بيعت دار بابها في زقاق غير سالك متشعب من زقاق آخر غير سالك فلا يكون شفيعاً الا من باب داره في المنشعب] او من كان له حق بفتح الباب فيه [واذا بيعت دار بابها في الزقاق المنشعب منه فتعم الشفعة من له حق المرور في الزقاق المنشعب والمنشعب منه ·

المادة ١٠١٥ [اذا باع من له حق شرب خاص روضته فقط ولم يبع حق شربها فليس للخلطاء في حق شربه شفعة وليقس الطريق الخاص على هذا] لانه اذا لم يوجد سبب الشفعة فلا يبقى محل لها وكذا اذا باع احد داره وافرز ذراعاً منها على طول دار جاره الملاصقة ولم يبعه فلا شفعة لجاره في المبيع وكذا اذا وهب هذا الذراع اولاً الى المشتري او وهبه حصة شائعة في المبيع ثم باعه الباقي فلا شفعة لجاره في المبيع ·

المادة ١٠١٦ [حق الشرب مقدم على حق الطريق بناءً عليه لو بيعت روضة خليطها احد في حق الشرب الخاص وآخر في طريقها الخاص يقدم و يرجح صاحب حق الشرب على صاحب حق الطريق] · لان الضرر يدخل من جهة الاشتراك في الشرب اكثر منه في الاشتراك في الطريق وقال بعضهم يتقدم حق الطريق لانه اكثر لصوقاً بما يوصل اليه من الشرب بما يسقيه ·

***

الفصل الثاني

في بيان شرائط الشفعة

المادة ١٠١٧ [يشترط ان يكون المشفوع ملكاً عقارياً] ٠ لا منقولاً لان المنقول لا تجري فية الشفعة الا تبعاً للعقار (هندية) ٠ ولا تجري الشفعة في الاراضي العشرية والخراجية والكروم المغروسة والدار ودار الرحى المبنية في الارض الملك مستقلاً لكنها تجري في الارض والبناء اذا بيعا معاً وتجري الشفعة في العقار المملوك سواء كان قابلاً للقسمة اولاً عند الحنفية خلافاً للشافعية حيث قالوا ان الشفعة هي لاجل رفع ضرر القسمة فلا تكون الا في العقارات القابلة للقسمة ولذلك اذا باع احد نصف داره المملوكة وتقاسم بعد ذلك مع المشتري فللشفيع اخذ النصف مفرزاً وليس له نقض القسمة سواء كان هذا القسم محاذياً للعقار المشفوع فيه او غير محاذ (هداية) [بناءً عليه لاتجرى الشفعة في السفينة وسائر المنقولات وعقار الوقف والاراضي الاميرية] وفي الاشجار والابنية المباعة منفردة وفي المزروعات لان الشفعة وردت بحق العقار على غير القياس فلا يقاس المنقول عليها ولان المنقولات لا يوجد فيها ضرر الجوار على الدوام ٠ الا اذا بيع العقار وفيه اشجار واثمار وجرت الشفعة في العقار فيدخل فيها المنقول تبعاً اما المنقولات المنفصلة كالاشياء البيتية وخلافها فلا تجري فيها الشفعة مطلقاً ٠

وقد اتفق اصحاب المذاهب على جريان الشفعة في العقار المملوك وحجتهم حديث الرسول صلى الله عليه وسلم (لا شفعة الا في ربع او حائط) و باطلاق النص والمادة يدخل القابل للقسمة وغيره خلافاً للشافعي فانه قال بجريان الشفعة في غير القابل للقسمة فقط ولمالك في السفينة تشبيهاً لها بالعقار وعلة الشفعة موجودة في العقار دون المنقول ولا تجري في الوقف لانه حبس عن ايدي المالكين ولا في الاراضي الاميرية ولا في الاراضي المعطاة للاهالي من قبل الحكومة على طريق المزارعة ٠

المادة ١٠١٨ [يشترط ان يكون المشفوع به ملكاً ايضاً] ٠ ولا يشترط ان

يكون في يد الشفيع ولذلك فللشفيع طلب الشفعة ولو كان عقاره مغصوباً منه وفي يد الغاصب

[بناءً عليه لو بيع ملك عقاري لا يكون متولي عقار الوقف الذي في اتصاله او متصرفه شفيعاً] .

لان الشفعة شرعت لتخليص المالك من جار السوء اما الاوقاف فليس لها مالك على ما قالوا ودونوا والحقيقة ان عقارات الوقف جارية بتصرف المستحقين بها والأولى ان تجري الشفعة فيها لعدم وجود فرق بين ضرر جار السوء للمالك او لجهة الوقف .

المادة ١٠١٩ [الاشجار والابنية المملوكة الواقعة في ارض الوقف او الاراضي الاميرية هي في حكم المنقول فلا تجري الشفعة فيها] .

لان الاراضي الاميرية والموقوفة ليست بملك شخص معلوم وما استقر عليها من البناء والاشجار لا يعد عقاراً فلا شفعة في البناء والشجر الموجود في الاراضي الاميرية او الموقوفة .

المادة ١٠٢٠ [لو بيعت العرصة المملوكة مع ما عليها من الاشجار والابنية تجري الشفعة في الاشجار والابنية ايضاً تبعاً للارض واما اذا بيعت الاشجار والابنية فقط فلا تجري فيها الشفعة] . وكذا اذا بيعت الارض المزروعة واخذت بالشفعة قبل رفع الزرع منها تؤخذ بزرعها . وكذا اذا اتفق المزارع وصاحب الارض على الزراعة وبعد الزرع اشترى المزارع الارض مع نصف الزرع من صاحبها وادعى عليه بالشفعة فللشفيع اخذ الارض مع نصف الزرع المباع وتجري الشفعة في ارض الطاحون وبنائها والادوات الثابتة فيها حتى الحجر وكذا الشفعة في الحمام فلا تشمل الحلة وبيت النار وحاصل الماء ولا تشمل النعل والمناشف والطاسات اما المنقولات التي تدخل في الشفعة تبعاً للعقار يشترط ان تكون موجودة حين البيع كالثمر الحاصل بعد البيع في اشجار الارض المباعة فانها تدخل في الشفعة اما لو تلفت تلك المنقولات او حرقت فللشفيع اخذ العقار بجميع الثمن او تركه لانها ليست مقصودة بالذات خلافاً للعقار فلو احرقه المشتري او أُحرق فللشفيع اخذ الارض بقيمتها من الثمن ويشترط ان تكون

تلك المنقولات مباعة مع العقار بعقد واحد فلو باع البائع الاشجار من مشتر بدون الارض ثم باعه الارض مستقلاً فللشفيع الشفعة في الارض دون الشجر (هندية) ٠

المادة ١٠٢١ [الشفعة لا تثبت الا بعقد البيع] ٠ او ما كان في حكم البيع كالسلم والاقالة والهبة بشرط العوض يعني الشفعة تثبت بخروج العقار من ملك المالك بمقابل عوض مالي اما اذا خرج من ملك المالك بدون عوض مالي كالهبة او بمقابل عوض غير مالي كالصلح عن المهر ودم العمد فلا تثبت فيه الشفعة لان الشفعة اذا صحت في ذلك يجب تسليم المشفوع به الى الشفيع بدون الثمن وهذا لا يجوز [وتجري الشفعة] في البيع سواء كان صحيحاً او فاسداً مسلماً فيه المبيع او فيه حق الخيار للمشتري فقط دون البائع لان خيار الشرط متى كان للمشتري يكون البيع تاماً بحق البائع وللشفيع اخذه من المشتري الا اذا استعمل المشتري حق خياره بالشرط قبل الدعوى لان الفسخ رفع للبيع ومانع للدعوى اما اذا كان خيار الشرط للبائع فلا تجري الشفعة لانها تؤثر على ملكية البائع وقد شرعت لاخذ العقار من المشتري لا سلبه من البائع (هداية) ولذلك لا ينتقل خيار الشرط للشفيع ولا تجري الشفعة في البيع بالوفاء لعدم انقطاع ملك البائع فيه اما لو ادعى الشفيع ان البيع قطعي وادعى المشتري انه وفائي فالقول قول الشفيع ما لم يبرهن على كونه وفائياً ٠ وكذا الاقالة فتجري فيها الشفعة سواء وقعت قبل القبض او بعده لانها عادت الى البائع على حكم ملك مبتدأ الا انها دخلت في ملكه بقبول ورضاء فصار ذلك كالشراء بحق الشخص الثالث (رد المحتار) ٠

وكذا الشفعة تجري في العقار الذي هو رأسمال للسلم حتى ولو نقض السلم بعد التسليم والافتراق لان ذلك بيع جديد بالنسبة للشفيع اما لو افترق الطرفان قبل تسليم العقار في مجلس السلم فلا تجري الشفعة فيه لان عدم تسليم السلم في المجلس يبطله (هندية) وكذا الصلح عن اقرار بدعوى مال معين هو بحكم البيع فتجري الشفعة في المصالح عليه والمصالح عنه اذا كانا عقارين و بالعقار منهما واذا وقع الصلح على منفعة فيكون بحكم الايجار واما الصلح عن انكار او عن سكوت بدعوى مال معين فهو بحق المدعي عقد معاوضة و بحق المدعى عليه خلاص من اليمين فالشفعة تجري بحق العقار المصالح عليه ولا تجري بحق العقار المصالح عنه ٠ ومتى اخذ الشفيع العقار بالشفعة فله

ابطال جميع تصرفات المدعى كالبيع والهبة والتسليم والوقف واتخاذ المبيع مسجداً او مقبرة (بهجة) ٠

المادة ١٠٢٢ [الهبة بشرط العوض في حكم البيع] ٠ لان الهبة حينئذ بيع انتهاء انما يجب ان تكون الهبة صحيحة لا فاسدة لذلك لا تجري الشفعة بحق مال الصغير الموهوب من وليه بشرط العوض (لفساد الهبة عند ابي يوسف) ولا تجري الشفعة في الهبة بالعوض الواقعة بحق حصة شائعة ومتى كانت الهبة بعوض ومسلمة للموهوب له تجري فيها الشفعة وتجري في بدل الهبة ايضاً اذا كان عقاراً مسلماً ويدفع الشفيع قيمة العقار المعطي عوضاً عن المشفوع به ٠ [بناءً عليه لو وهب وسلم احد داره المملوكة لآخر بشرط عوض يكون جاره الملاصق شفيعاً] ٠

المادة ١٠٢٣ [لا تجري الشفعة في العقار الذي ملك لآخر بلا بدل كتملك احد عقاراً بهبة بلا عوض او بميراث او بوصية] ٠

لان الشفعة شرعت في المعاوضات المالية بمثل العوض الذي يبذله المشتري والمملوك بغير العوض لا يمكن مقابلته بالعوض ٠

المادة ١٠٢٤ [يشترط ان لا يكون للشفيع رضا في عقد البيع الواقع صراحة او دلالة] ٠ وذلك بعد ان يعلم قدر الثمن وجنسه ومشتري المشفوع ومقدار البيع على وجه الصحة ولذا لو سمع بان البيع وقع بالف قرش فترك الشفعة ثم علم بان البيع كان بخمسمائة قرش فله الشفعة وكذ اذا سلم الشفيع الشفعة وعلم بعدها ان البائع حط او نزل مقداراً من الثمن فله الشفعة (هندية) ٠ لان الحط يلتحق باصل العقد [مثلاً اذا سمع عقد البيع وقال هو مناسب فيسقط حق شفعته وليس له طلب الشفعة بعد ذلك] ٠ وكذا لو ابرأ الشفيع ذمة المشتري من جميع الدعاوي بعد البيع تسقط شفعته قضاءً لا ديانة ولو كان غير عالم بها (هندية) ٠ [وكذا اذا اراد ان يشتري او يستأجر العقار المشفوع من المشتري بعد سماعه بعقد

البيع فيسقط حق شفعته] . واذا امتنع المشتري من ايجاره او بيعه له لا تعود له الشفعة وكذلك طلب المزارعة والاستيداع والاستيصاء والصدقة يسقط الشفعة وكذا وفاة الشفيع تسقط الشفعة اما الوكيل بطلب الشفعة اذا لم يجر احدى الطلبات فتسقط شفعته بالاجماع واذا سلم بها في مجلس الحاكم صح تسليمه عند الشيخين واذا سلم بغير مجلس الحاكم لا يصح عند الامام الاعظم خلافاً لابي يوسف وهذا فرع عن قبول اقرار الوكيل المختلف فيه بينهما كما سيأتي ذلك في شرح المادة (١٥١٧) وبما ان المجلة قبلت قول الامام الاعظم في تلك المادة فكان الاولى بها ان تقبل قوله بحق الشفعة ايضاً لاتحاد العلة . وكذا اقرار الوكيل بان موكله اسقط شفعته فاذا كان بحضور الحاكم صح والا فلا (رد المحتار) [وكذلك اذا كان وكيلاً للبائع فليس له حق شفعة في العقار الذى باعه] . وكذا اذا اشترى الشفيع عقاراً لاجنبي حسب وكالة عنه فليس له ان يطلب الشفعة من الاجنبي وكذا اذا اشترى الشفيعان عقاراً وكانت حصتها فيه متفاوتة فلا شفعة لاحدهما . وكذا لا تثبت شفعة كفيل درك المبيع ولا شفعة كفيل ثمن المبيع اذا حضر مجلس البيع ولا شفعة الشخص الثالث الذي له خيار الشرط في المبيع واسقطه ولم يقل حين الاسقاط اني اسقطت الخيار لاتشفع في المبيع (هندية) اما الوكيل بالشراء فلا تسقط شفعته لمجرد الوكالة لان الشفعة لا تثبت الا بالبيع والتسليم وكذا اذا اشترى المضارب عقاراً بمال الشركة وكانت شفعته لرب المال فله اخذه .

ثم ان الصلح بالشفعة يكون على ثلاثة اوجه الاول الصلح على نصف المشفوع بنصف الثمن فهذا صحيح والثاني الصلح على قسم معين من العقار بحصته من الثمن فهذا غير صحيح لان الثمن مجهول ولا يبطل طلب الشفعة والثالث الصلح على ترك الشفعة بمقابل بدل معلوم فهذا غير صحيح ويبطل الشفعة ولا يلزم اعطاء بدل الصلح .

المادة ١٠٢٥ [يشترط ان يكون البدل مالاً معلوم المقدار بناءً عليه لا تجري الشفعة في العقار الذي ملك بالبدل الذي هو غير مال مثلاً لا تجري الشفعة في الدار التي ملكت ببدل اجرة الحمام لان بدل الدار هنا ليس بمال وانما هي الاجرة التي

هي من قبيل المنافع] لان المنفعة ليست بمال ولا مثل لها [اما لو استوجر الحمام بمقابل مبلغ معين ثم اعطي للمؤجر بدلاً من المبلغ داراً] صحب بها الشفعة لان ثمنها معلوم [كذلك لا تجري الشفعة في الملك العقاري الذي ملك بدلاً من المهر] لان المهر بمقابل منافع البضع والعقار الذي جعل مهراً هو منافع البضع وهي ليست بمال فايجاب الشفعة فيه خلاف اما لو جعل للزوجه مهراً معيناً ثم اعطيت بدلاً منه عقاراً فتجري فيه الشفعة (هندية) .

وكذا الشفعة لا تجري في العقار الذي اعطي من القاتل الى اهل المقتول صلحاً عن دم العمد اما لو وقع الصلح على مبلغ معلوم ثم استعيض عنه بعقار صحت به الشفعة .

الخلاصة ان الشفعة حق التملك بمثل البدل الذي ينقده المشتري والعوض الذي ليس بمال لا يعرف له مثل تتداوله الايدي حتى يمكن تسليمه في مقابلة تملك المشفوع وقد عرفنا في الاجارة ان المنافع تتقوم في العقود واذا اعتبرت المنافع اموالاً فيجب ثبوت حق الشفعة فيها وهو الموافق للعصر بالنسبة لمالية المنافع لا بالنسبة لحق الشفعة حيث صار مضراً في زماننا بالنظر الى قيم الاملاك التي تقيد في دوائر التمليك .

المادة ١٠٢٦ [يشترط ان يزول ملك البائع عن المبيع] . ويشترط زوال حق البائع ايضاً عن المبيع فلو باع فاسداً وسلم لا تثبت الشفعة لعدم زوال حق البائع وكذا لو باع بخيار الشرط للبائع فلا تثبت الشفعة بعكس ما اذا كان الخيار للمشتري فتثبت الشفعة لزوال ملك البائع الا اذا استعمل المشتري خياره قبل الشفعة .

[بناءً عليه لا تجري الشفعة في البيع الفاسد ما لم يسقط حق استرداده البائع وانما في البيع بشرط الخيار ان كان المخير المشتري تجري الشفعة وان كان المخير البائع فلا تجري الشفعة ما لم يسقط حق خياره واما خيار العيب وخيار الرؤية فليسا بما نعين لثبوت الشفعة] . اما لو سلم الشفيع شفعته ثم رد المشتري المبيع بخيار العيب او بخيار الرؤية فليس للشفيع ان يطلب الشفعة من البائع لان الرد على هذه الصورة فسخ من كل الوجوه . وكذا اذا بيع عقار وكان له شفيعان احدهما حاضر والثاني غائب فادعى الحاضر الشفعة ثم بعد ان

اثبتها رد بخيار العيب بحكم الحاكم فخصر الغائب فليس له طلب المبيع بالشفعة من البائع اما لو رد بدون حكم الحاكم فتجري فيه الشفعة لانه عقد جديد ·

المادة ١٠٢٧ [لا تجري الشفعة في تقسيم العقار مثلاً لو قسمت دار مشتركة بين المتشاركين لا يكون الجار الملاصق شفيعاً] ·

لان القسمة فيها معنى الافراز ومعناه ان كل واحد من الشركاء لا يملك بالقسمة ملكاً جديداً يحصل له بطريق المعاوضة وانما يجتمع له فيها اجزاء ملكه المتفرقة في محل معين من الملك المشترك ·

***

الفصل الثالث

في بيان طلب الشفعة

المادة ١٠٢٨ [يلزم في الشفعة ثلاثة طلبات وهي طلب المواثبة] سميت مواثبة تبركاً بالحديث القائل الشفعة لمن واثبها [وطلب التقرير والاشهاد وطلب الخصومة والتملك] ·

المادة ١٠٢٩ [يلزم على الشفيع ان يقول كلاماً يدل على طلب الشفعة في المجلس الذي سمع فيه عقد البيع في الحال كقوله انا شفيع المبيع واطلبه بالشفعة ويقال لهذا طلب المواثبة] ·

وكذا في عقود المعاوضة كالاقالة والسلم فان للشفيع عند ما يسمع عقداً منها ان يطلب الشفعة في نفس المجلس اما بلوغ الخبر الى الشفيع بوقوع البيع فيكون (١ً) بوجود الشفيع في مجلس البيع (٢ً) باخبار المخبر الحائز على احد شطري الشهادة (٣ً) اخباره من مخبر واحد غير عادل لكنه اعتقد صدقه (٤) اخباره من المشتري (٥ً) اخباره من رسول (٦ً) بلوغه الخبر بالمكتوب

(٧) اخباره بالبيع من واحد غير عادل عند الامامين (خلافاً للامام الاعظم فانه لم يكتف باخبار الواحد الغير العدل هندية) . واذا بلغ الشفيع خبر البيع ولم يكن عنده احد فعليه ان يطلب الشفعة بقلبه ولسانه حتى اذا حلف عند الدعوى لا يكون حانثاً ويجب على الشفيع ان يطلب المبيع كله بالشفعة لا بعضه لان طلب الشفعة بالبعض يسقط الشفعة في الكل (هندية) . ويجب على الشفيع ان يطلب الشفعة حالاً وفور ما يسمع وقوع العقد الذي تثبت به الشفعة لان الشفعة حق ضعيف تسقط لمجرد وجود حال يدل على الاعراض عنه حتى لو اخبر الشفيع بالبيع بتحرير وسكت الى ان تم قرائته ثم طلب الشفعة وكانت قضية عقد البيع محررة في اول التحرير او في وسطه تسقط شفعته « مجمع الانهر » . وفي هذا خلاف لبعض العلماء حيث قالوا بان الشفيع محتاج للتأمل والتروي فلا يكلف بطلب الشفعة فوراً (رد المحتار) . الا ان المجلة قد اختارت في هذه المادة القول الاول وفي المادة « ١٠٣٢ » اختارت القول الثاني والفرق بين القولين ظاهر وكان عليها ان لا تجمع بين قولين متناقضين الا ان الشراح اجمعوا على لزوم العمل بالقول الاول في جميع الاحوال لانه المفتى به اما في البيع الفاسد فالمواثبة تطلب عند انقطاع حق البائع من المبيع وتطلب في بيع الفضولي وفي بيع اشترط فيه خيار الشرط للبائع وقت البيع عند ابي يوسف ووقت الاجازة عند محمد وفي الهبة بشرط العوض قولان احدهما طلب المواثبة وقت العقد والثاني طلبها وقت التسليم . واذا سمع الشفيع البيع حين لم يكن لديه شهود فيطلب الشفعة بلا شهود ثم يجمع الشهود ويقول لهم انه سمع البيع الآن ويطلب المواثبة بحضورهم اما اذا وقع الاشهاد في المواثبة فيقوم مقام الطلبين كما اذا وقع الطلب بحضور المشتري او عند العقار المشفوع والاشارة اليه والا يحتاج الشفيع الى اجراء الطلبين .

المادة ١٠٣٠ [يلزم الشفيع بعد طلب المواثبة ان يشهد وان يطلب التقرير] .

اذا لم يقع الاشهاد عند المواثبة والوقت لهذا الطلب هو المقدار الذي يتمكن الشفيع بخلاله من من اجرائه في احدي المواضع الثلاثة المذكورة في هذه المادة . [بان يقول في حضور رجلين او رجل وامرأتين عند المبيع ان فلاناً قد اشترى هذا العقار او عند المشتري انت قد اشتريت العقار الفلاني او عند البائع ان كان العقار موجوداً في يده انت

قد بعت عقارك وانا شفيعه بهذه الجهة وكنت طلبت الشفعة والآن ايضاً اطلبها وان كان الشفيع في محل بعيد ولم يمكنه طلب التقرير والاشهاد بهذا الوجه يوكل آخر وان لم يجد وكيلاً ارسل مكتوباً] .

وفي التنقيح لا تشترط الشهادة للشفعة وهي ليست من شروط الصحة بل يحتاج اليها عند الانكار واذا كانت هذه المواضع الثلاثة موجودة في بلدة واحدة فللشفيع الخيار باجراء الاشهاد في ايها شاء لكنه اذا مر من احدها ولم يطلب وطلب بعد ان وصل للاخرى سقطت شفعته .

واعلم بان الشفعة من الحقوق التي تثبت بنصاب الشهادة وقد اختص الاشهاد على البائع بكون المبيع في يده لخروج المبيع من ملكه اما المشتري فهو المالك فيصح الاشهاد عليه سواء استلم المبيع اولم يستلم .

المادة ١٠٣١ [يلزم ان يطلب ويدعي الشفيع في حضور الحاكم بعد طلب التقرير والاشهاد ويقال لهذا طلب الخصومة والتملك] . وذلك فيما اذا لم يسلم المشتري الشفيع العقار المشفوع برضائه وكذا الدعوي بحضور المحكم اذا حكم اما الحاكم الواجب مراجعته بدعوي الشفعة فهو الحاكم الموجود العقار في قضائه [(هندية) . والمادة الاولى من ذيل قانون اصول المحاكمات الحقوقية] اما المجلة فقد اختارت القول القائل برؤية الدعوي بحضور الحاكم الذي وجد المدعي عليه في قضائه ولو كان غير الحاكم الموجود فيه العقار المشفوع مجلة مادة (١٨٠٧) . اما الخصم بدعوي العقار فهو البائع اذا كان العقار في يده ويشترط حضور المشتري في الدعوى لان العقار قبل التسليم في يد البائع فهو الخصم لوضع يده على العين والمشتري خصم ايضاً لتعلق ملكه في المشفوع . والمشتري وحده اذا كان المبيع في يده (هندية) . والوكيل بالشراء اذا كان العقار فى يده لان الشفعة تقع على العقد وحقوق العقد راجعة للوكيل بالشراء . وموكل الوكيل بالشراء اذا تسلم العقار . والوكيل بالبيع بحضور المشتري اذا كان العقار المباع لا زال في يده ولا يلزم الشفيع المشتري دفع ثمن المشفوع فوراً ولذا لا يلزمه احضار الثمن لمجلس الحاكم لان الثمن يجب اداؤه بعد الحكم خلافاً لمحمد فقد قال بلزوم احضار الثمن لمجلس الحاكم . وللمشتري حبس المبيع المشفوع لحين قبض الثمن ولا تسقط الشفعة بتأخير الشفيع

اداء الثمن بعد الحكم لان الشفعة تأكدت بالحكم وللحاكم اجبار الشفيع على دفع الثمن واذا عجز عن دفعه يحكم ببطلان شفعته .

المادة ١٠٣٢ [ان أخر الشفيع طلب المواثبة مثلاً] بعد ان علم البيع وعلم المشتري والثمن قدراً وجنساً [لو وجد في حال يدل على الاعراض عند استماعه عقد البيع ولم يطلب الشفعة في ذلك المجلس بان اشتغل بامر آخر او بحث عن صدد آخر او قام من المجلس من دون ان يطلب الشفعة يسقط حق شفعته] حتى ولو كان عدم طلبه ناشئاً عن جهل حقه بالشفعة لان الجهل ليس بعذر ولان الشفعة تبطل بالاعراض (هندية) وقد ورد في المادة (١٠٣٠) ان طلب المواثبة في الشفعة يجب ان يكون حالاً عند سماع البيع وفي هذه المادة ترك للطالب الخيار لآخر المجلس وهذان قولان لا يأتلفان ولعل واضع القانون اراد العمل بالقولين معاً او اخذ القولين على علاتهما من الهندية . حيث قالت في الباب التاسع فترك الطلب على الفور من غير عذر او قام عن المجلس او تشاغل عن الطلب بعمل آخر على اختلاف الروايتين الا ان الهندية ذكرت بعبارتها المذكورة اختلاف الروايتين خلافاً للمجلة وعندي ان يعمل بما ورد بمتن المادة (١٠٣٠) لانه موافق للقياس . وكذا اذا كان الشفيع موسوياً واخبر بالبيع يوم السبت وأخر الطلب للمساء تسقط شفعته (فتاوى ابن نجيم وهندية) . وكذا اذا كان للعقار المباع جملة شفعاء فترك بعضهم طلب الشفعة ظناً منه انه يطلبها من هو اقوى منه من حيث الطلب كالشريك في المبيع وترك هذا طلبه تسقط شفعته ايضاً اما لو أخر الطلب لعذر كالصلاة او كان احد يضربه وسد فمه فلا تسقط شفعته واذا اختلف المشتري والشفيع بطلب الشفعة عند بلوغ خبر البيع فقال الشفيع طلبت الشفعه عند ما سمعت وانكر عليه المشتري ذلك فالقول للمشترى اما لو قال الشفيع الآن تبلغت البيع وقال المشتري لا تبلغت قبلاً فالقول للشفيع (هندية) .

المادة ١٠٣٣ [لو أخر الشفيع طلب التقرير والاشهاد مدة يمكن اجراؤه فيها ولو بارسال مكتوب يسقط حق شفعته] . لان ترك الطلب مع المقدرة دليل على

الاعراض (مجمع الانهر) ٠ اما لو سمع البيع ليـلاً ولم يقدر على الخروج من داره واخر طلب الشفعة الى الصباح فلا يسقط حق شفعته ٠

المادة ١٠٣٤ [لو أخر الشفيع الخصومة بعد طلب التقرير والاشهاد شهراً بدون عذر شرعي ككونه في ديار اخرى يسقط حق شفعته] عند محمد اما اذا كان الشفيع مريضاً او سجيناً او كانت بلدة العقار لا حاكم فيها او كان الحاكم شافعياً لا يرى في مذهبه شفعة للجار او كان الخصم متباعداً وأخر الشفيع شفعته فلا تسقط اما الامام الاعظم فلم ير مدة للدعوي وتركها لخيار الشفيع الا ان احوال الناس لما تبدلت وصار الشفيع يريد اضرار المشتري في ماله ويجعله مهدداً بطلب الشفعة وممنوعاً من تعمير العقار وتحسينه طول حياته وجب العمل بقول الامام محمد وكذا لو كان الشفيع في ديار بعيدة او فر المشتري لما علم بالشفعة من البلد وتغيب وتأخر الشفيع بشفعته لحين اجتماعه بالمشتري لا يسقط حقه ٠

المادة ١٠٣٥ [يطلب حق شفعة المحجورين وليهم وان لم يطلب الولي حق شفعة الصغير لا تبقى له صلاحية طلب حق الشفعة بعد البلوغ] وللولي ترك الشفعة عند الشيخين خلافاً لمحمد فيما بيع بقيمته او بأقل منها (ملتقى) ٠ واذا كان لا ولي للصغير يبقى حق شفعته لجهة بلوغه (بهجة) ٠ واذا باع الاب عقاره وكان لابنه فيه شفعة فله طلبها عند بلوغه لان الاب متى كان بائعاً لا يجوز له الطلب حسب ولايته (خانية) ٠ وكذا الحمل الذي يولد حياً بظرف ستة اشهر من تاريخ البيع يستحق الشفعة اما لو ولد بعد ستة اشهر او في آخر يوم من الستة الاشهر فلا يستحق الشفعة وعندي ان هذا في حق حمل امرأة زوجها في قيد الحياة اما اذا كان زوجها متوفي ووضعت حملها بظرف سنتين فهل لهذا الحمل حق طلب الشفعة (تأمل) واذا كان للصغير اب او وصي ولم يطلب له الشفعة فتسقط شفعته عند الشيخين خلافاً لمحمد فانه قال بعدم سقوطها وكذا للولي وللوصي التسليم بشفعة الصغير واذا كان الصغير شفيعاً بعقار واشتراه ابوه تسقط فيه شفعة الصغير لان الاب متى اشترى العقار اثبت اقتداره فلو كان يريده بالشفعة للصغير لكان اخذه اما عند محمد فلا يجوز تسليم شفعة الصغير ٠

***

الفصل الرابع

في بيان حكم الشفعة

المادة ١٠٣٦ [يكون الشفيع مالكاً للمشفوع بتسليمه بالتراض مع المشتري او بحكم الحاكم] .

اذا توفي الشفيع بعد طلب المواثبة والاشهاد او باع الشفيع المشفوع به قبل اخذ المبيع بالشفعة تسقط شفعته واذا بيعت عرصة ملاصقة للعقار المطلوب بالشفعة لا يملكها الشفيع بالشفعة واذا استهلك المشتري اثمار الاشجار المغروسة في الارض المشفوعة قبل التسليم او الحكم فليس للشفيع تضمينها للمشتري وليس له تنزيل ثمنها من بدل الشفعة واذا آجر المشتري العقار المدعي شفعته وقبض اجرته قبل الحكم بالشفعة لا يجوز للشفيع المطالبة بالاجرة .

اما رضاء المشتري بتسليم المبيع بالشفعة فلا يمنع الشفيع من اقامة الدعوى لان في قضاء القاضي زيادة منفعة وهي معرفة القاضي بسبب ملكه وعلم القاضي بمنزلة شهادة شاهدين وهذا أحوط من الاخذ بغير قضاء وليس للشفيع ان يترك شفعته بعد الحكم واذا مات الشفيع بعد الحكم تنتقل شفعته لورثته . اما المشتري فله هدم العقار قبل ان يتملكه الشفيع وله ان يبيعه من غير الشفيع وبهذه الصورة يحق للشفيع طلب الشفعة في البيع الاول او في البيع الثاني ويدفع الشفيع للمشتري الثمن الذي دفعه اذا كان نقوداً او مثل الثمن اذا كان من المثليات او قيمته يوم البيع اذا كان قيمياً لا يوم طلب الشفعة اما اذا اعطى المشتري بدلاً من الثمن الى البائع عقاراً فالشفيع يدفع الثمن لا قيمة العقار .

وكذا الحط والتنزيل من البائع بثمن المبيع يؤثر على الشفيع سواء كان الحط عند البيع او بعده مالم يكن الحط بكل الثمن فان الشفيع لا يستفيد منه ابداً اما لو حط البائع نصف الثمن ثم حط النصف الثاني فالحط الاول فقط يعتبر بحق الشفيع (مجمع الانهر) اما زيادة الثمن من المشتري فلا تؤثر على الشفيع . واذا اختلف الشفيع والمشتري بثمن المشفوع فاذا كان المشفوع مسلماً الى المشتري والثمن الى البائع فالقول للمشتري لان الشفيع يدعي تملك المبيع بثمن قليل والمشتري ينكر

عليه دعواه ولا يجري تحليفهما لان المنكر هو المشتري فقط لا الشفيع وقد ورد التحالف في المادة (١٧٧٨) على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه واذا برهنا ترجح بينة الشفيع لانها بينة الاكثر وكذا اذا قال المشتري ان الثمن الف قرش وقال البائع ثمانماية قرش وكان لم يقبض الثمن فالقول قول البائع لان قوله هذا حط من الثمن والحط معتبر في البيع واذا كان البائع قبض الثمن وكان القبض ثابتاً بالبينة او بالنكول فالقول قول المشتري لان البائع قد خرج من بين المتداعيين بالقبض اما اذا ثبت قبض الثمن باقرار البائع فالقول قول الشفيع واذا قال البائع ان الثمن الف وخمسماية قرش وقال المشتري الف قرش وكان البائع لم يقبضه يجري بينهما التحالف وفقاً للمادة (١٧٨٨) وايهما حلف يكون الثمن كما قاله والشفيع يأخذ المبيع به واذا حلفا يفسخ الحاكم البيع الا ان هذا الفسخ لا يبطل حق الشفيع وله اخذه بالثمن الذي اخبر به البائع واذا وقع الخلاف بعد قبض الثمن فالقول للمشتري .

وكذا اذا اختلف الشفيع والمشتري بجنس الثمن (ليرات او مجيديات) او بصفته (معجلاً او مؤجلاً) فالقول للمشتري .

المادة ١٠٣٧ [تملك العقار بالشفعة هو بمنزلة الاشتراء ابتداءً بناءً عليه الاحكام التي تثبت بالشراء ابتداءً كالرد بخيار الرؤية وخيار العيب تثبت بالعقار المأخوذ بالشفعة ايضاً] . وكذا اذا سقط المشتري حق خياراته هذه لا تكون ساقطة بحق الشفيع لانه لم يكن خلفاً للمشتري .

وكذا اذا اخذ المبيع من يد الشفيع بالاستحقاق فله الرجوع بالثمن المدفوع اما اذا عمر الشفيع بالارض التي اخذها بالشفعة داراً وهدمت بدعوى الاستحقاق فليس له الرجوع بثمنها على البائع او المشتري لان ضمان الغرور الجاري في البيع لا يجرى في الشفعة .

المادة ١٠٣٨ [لو مات الشفيع قبل ان يكون مالكاً للمشفوع بتسليمه بالتراضي مع المشتري او بحكم الحاكم لا ينتقل حق الشفعة الى ورثته] . سواء توفي قبل الطلب او بعده لان حق الشفعة هو عبارة عن حق تملك للشفيع فبوفاته يسقط اما لو سلم المبيع الى الشفيع

رضاءً او قضاءً وتوفي بعـد ذلك ينتقل الملك لورثته واذا مات المشتري او باع العقار المشفوع او وقفه وجعله مقبرة لا تسقط بذلك الشفعة حتى لو توفي المشترى و باع الحاكم الملك لوفاء دين او لوصية جاز للشفيع نقض البيع (هداية) .

واعلم بان الحقوق المعنوية لا تباع استقلالاً ولا تورث ومنها الشفعة وقال مالك والشافعي انها موروثة قياساً على الاموال وهما يعتبران ان الوارث والمورث في ذلك بحكم الشخص الواحد .

المادة ١٠٣٩ يشترط ابقاء المشفوع به في يد الشفيع لوقت التسليم رضاءً او قضاءً واذا خرج من ملكه قبل ذلك ببيع بات تسقط الشفعة بناءً عليه . [لو بيع المشفوع به بعد طلبي الشفيع على الوجه المشروح وقبل تملكه المشفوع يسقط حق شفعته] . واذا راجع المشفوع به له بان رد عليه بعيب بقضاء او بغير قضاء او بخيار رؤية لم تعـد الشفعة لانها قد بطلت (جوهرة) اما اذا باع المشفوع به بيعاً وفائياً او بيعاً بخيار الشرط للبائع او باع قسماً منه فقط او باعه بيعاً فاسداً ولم يسلمه فلا تسقط شفعته . وكذا اذا وقف الشفيع المشفوع به او جعله مقبرة قبل طلب الشفعة تسقط شفعته .

المادة ١٠٤٠ [لو بيع ملك عقاري آخر متصل بالملك المشفوع قبل ان يتملكه الشفيع على الوجه المشروح لا يكون شفيعاً لهذا العقار الثاني] اما الشفيع لهـذا العقار الثاني فهو المشتري لانه هو المالك للعقار المتصل .

المادة ١٠٤١ [الشفعة لا تقبل التجزي بناءً على ذلك ليس للشفيع حق في اشتراء مقدار من العقار المشفوع وترك باقيه] . الا اذا قبل المشتري بذلك او كان المشترون متعددين وقبل احدهم بذلك وليس للمشتري ايضاً تفريق صفقة الشفيع وعليه تسليم المشفوع بتمامه الا اذا اتفقا على تفريق الصفقة . وكذا اذا اشتري المشتري عقارين صفقة واحدة و كان للشفيع شفعة فيهما فله اما اخذهما بالشفعة او تركهما وليس له اخذ واحـد منهما الا اذا كانت شفعته باحدهما او كان كل منهما مباعاً مستقلاً . وكذا اذا اشترى المشتري عقاراً ودابة صفقة واحـدة فللشفيع اخذ العقار بحصته من الثمن وكذا اذا بيع منزل ذو خمسة غرف وادعاه الشفيع بالشفعة

وطلب اعطائه غرفة واحدة منه ينظر اذا كانت الشفعة بسبب الشركة في الطريق لايجاب الشفيع الى طلبه واذا كانت الشفعة بسبب الجوار وكانت الغرفة المطلوبة مجاورة له فله اخذها وحدها بما يصيبها من الثمن (هندية) . وكذا اذا وقع البيع من اثنين الى مشترٍ واحد فليس للشفيع اخذ حصة احد البائعين فقط . وفي التنقيح اذا كان للعقار المشفوع شفيعان فطلب كل منهما نصف المبيع بالشفعة سقطت شفعتهما . وفي الهندية اذا باع المشتري نصف العقار المباع له من آخر فادعى الشفيع شفعته فاذا ادعى على المشتري الاول فعليه طلب كامل المبيع واذا ادعى على المشتري الثاني فله طلب ما بيع له فقط .

وكذا اذا افرز المشتري نصف العقار ووهبه وسلمه فللشفيع طلب ابطال الهبة واخذ كامل العقار بالشفعة لا طلب النصف الثاني فقط .

المادة ١٠٤٢ [ليس لبعض الشفعاء ان يهبوا حصتهم لبعض وان فعل احدهم ذلك اسقط حق شفعته] وليس لهم بيعها لبعضهم ايضاً واذا وهب احدهم حقه لآخر يقسم المشفوع على عدد رؤوس الباقين ولا يمتاز الموهوب له بشيء اما بعد الحكم فلكل من الشفعاء ان يهب حصته لمن شاء واراد . لان الحق المعنوي لا يقبل النقل من ملك الى ملك ويظهر من هذا التصرف ان حقيقة الضرر غير موجودة بالنسبة للواهب وقياس قول مالك والشافعي صحة الهبة .

المادة ١٠٤٣ [ان اسقط احد الشفعاء حقه قبل حكم الحاكم فللشفيع الآخر ان يأخذ تمام العقار المشفوع وان اسقطه بعد حكم الحاكم فليس للآخر ان يأخذ حقه] .

المادة ١٠٤٤ [لو زاد المشتري على بناء المشفوع شيئاً من ماله كصبغه فشفيعه مخير ان شاء تركه وان شاء تملكه باعطاء ثمن البناء] قائماً حيث احدثه في ملكه [وقيمة الزيادة وان كان المشتري قد احدث على العقار المشفوع بناءً او غرس فيه اشجاراً فالشفيع بالخيار ان شاء تركه وان شاء تملك المشفوع باعطاء ثمنه

وقيمة الابنية والاشجار وليس له ان يجبر المشتري على قلع الابنية او الاشجار] واذا كان للمشتري زرع في الارض المشفوعة فيبقى الى وقت الحصاد و يدفع المشتري اجرة الارض فقط من تاريخ الحكم بالشفعة والى حين رفع الزرع واذا خرب بناء المشفوع او قلعت اشجاره وضاعت بدون فعل المشتري فالشفيع يكلف لدفع تمام الثمن ما لم تكن الانقاض موجودة و باقية حيث تبقى للمشتري و ينزل من بدل الشفعة مقدار ثمنها ٠

اما لو تلف قسم من المبيع فيسقط ما يصيبه من البدل كالارض المشفوعة اذا استولى البحر على قسم منها ٠ وكذا اذا هدم المشتري الدار فللشفيع الخيار ان شاء ترك الشفعة وان شاء اخذ الارض بثمنها وكذا الحكم في هدم الاجنبي ٠ وفي الهندية اذا اشترى المشتري الارض مبذورة واشجارها مثمرة وجعل ثمناً للثمر ثم اخذ الثمر او رفع الزرع وادعاها الشفيع بالشفعة فله تنزيل ثمن الاشجار والحبوب من ثمن المبيع اما لو حدث ثمر في المبيع بعد التسليم واستهلكه المشتري فلا يوجب تنزيل شيء من الثمن ٠

أسباب سقوط الشفعة

احداث السبب لاسقاط الشفعة قبل وجوبها ليس بمكروه عند ابي يوسف لانه يدفع ضرر اخذ ماله من يده بدون رضائه وهذا مباح حتى ولو اضر بالغير ومكروه عند محمد والحيلة لاسقاط الشفعة بعد وجوبها مكروه بالاجماع اما حيل اسقاط الشفعة فهي ان يشتري المشتري المبيع بمبلغ معين وصرة فلوس مجهولة [١] وان يشتري المبيع بثمن غال و يعطي البائع بدلاً من الثمن غرضاً ليس بذي قيمة اذ بذلك يجبر الشفيع على دفع كل الثمن ولا شك انه لا يقدم على ذلك [٢] او ان يترك مقدار ذراع على طول جدار الشفيع خارجاً عن البيع او ان يشتري قليلاً من المبيع بثمن غالٍ فاحش ثم يشتري الباقي بثمن معتاد فالشفيع يكون شفيعاً في البيع

(١) هذه الحيلة لا تقع في زماننا بعد ان تأسست الدوائر العقارية ٠

(٢) كذلك لا تعتبر في زماننا لعدم امكان ايقاعها ٠

الاول فقط وفي البيع الثاني يكون المشتري شريكاً في المبيع واقوى من الجار الملاصق · او يقر البائع للمشتري بجزء من المبيع و يبيعه الباقي · واذا قال المشتري للشفيع اسقط حق شفعتك فأوجرك المبيع مائة سنة بدون اجرة واسقطها تسقط ولا يصح الايجار واذا ساوم الشفيع المشتري على المبيع تسقط شفعته ايضاً وليس للشفيع ان يدعي بان المعاملة الواقعة بين المتبايعين هي مواطئة بقصد ابطال شفعته وليس له ان يكلف المشتري اليمين بذلك لان المشتري لو اقر بان المعاملة كانت لاجل التخلص من الشفعة فلا يضره قوله حتى يكلف للحلف ·

في ١٦ ربيع الآخر سنة ١٢٩٠



مقايسة بين المجلة والقانونين المدني الافرنسي والتركي فيما يتعلق بالحجر والاكراه والشفعة

لم يعرف القانون المدني الافرنسي الحجر لكنه بين اسبابه في المادة ٤٨٩ وقال يجب حجر من استمر به حال البلاهة والبالغ المجنون ولو غير مطبق او المتهور بصورة فوق العادة وحصر هذا القانون حق طلب الحجر بالاقرباء واحد الزوجين على ما جاء في المادة ٤٩٠ خلافاً لقانوننا المدني فانه فرق الجنون عن الحجر وجعل طلب الحجر غير منحصر في الاقرباء واحد الزوجين وهذا اقرب الى احقاق الحق لان طلب الحجر اذا كان محصوراً بالاقرباء والازواج وتغيب هؤلاء عن مدنية من تحققت فيه شروط الحجر تمنع القاء الحجر على الحاكم مع ان الحجر اذا وجب لا يجوز تقييده بطلب الاقرباء او احد الازواج وقد اعطيت المادة ٤٩١ من القانون الافرنسي حق اقامة الدعوى وطلب الحجر للمدعي العام فيما اذا كان من يستحق الحجر متهوراً ولم يطلب حجره اقرباؤه او كان مستحق الحجر ابلهاً او مجنوناً وقد حصر هذا القانون حق اقامة دعاوي الحجر في المحاكم الحقوقية البدائية خلافاً لبلادنا فان هذه الدعاوي لا تقام الا في المحاكم الشرعية لانها من جملة وظائفها الاصلية ·

وقد امر هذا القانون تأليف مجلس عائلي من اقرباء من طلب حجره لاعطاء قرار الحجر واشترط عدم حضور من طلب الحجر في هذا المجلس وعدم اشتراكه في الرأي انما يجوز لأولاد هذا الطالب او زوجه او زوجته ان يشتركوا في الرأي في هذا المجلس العائلي ·

اما المحكمة فانها بعد ان تأخذ رأي المجلس العائلي وقراره تستجوب من طلب حجره واذا كان غائباً عن المجلس فانها تستجوبه بمعرفة كاتب الضبط و بحضور المدعي العام وهذا مخالف للمجلة لانها اعتبرت الحجر فتوى لا حكم ولذلك فقد اجازت الحجر بدون حضور من طلب حجره وقد ورد في المادة ٤٩٨ لزوم اعطاء قرار الحجر وجاهاً بعد المحاكمة العلنية و بعد دعوة الطرفين والشهود ·

وقد اجازت المادة (٥٠٠) من هذا القانون استيناف القرارات البدائية التي تصدر بحق الحجر الى المحاكم الاستينافية واوجبت استجواب المحجور مرة ثانية في محكمة الاستيناف وهذا

يخالف اصول المحاكمة الشرعية لان القرارات الشرعية تقبل التميز دون الاستيناف لان حكام الشرع هم بدرجة حكام المحاكم الاستينافية وفوق حكام المحاكم البدائية .

ويعتبر حكم الحجر نافذاً بحق المحجور اعتباراً من تاريخ صدوره وتعتبر جميع اسناد المحجور التي اعطاها بعد هذا القرار غير معتبرة . وتبطل ايضاً جميع الاسناد التي ينظمها المحجور قبل الحجر اذا ثبت بالتواتر انه كان بحال الحجر قبل تنظيم هذه الاسناد . وقد ورد في المادة ٥٠٥ من القانون الافرنسي بان الحكم البدائي الصادر بحق الحجر اذا لم يستأنف او اذا استوءنف وصودق عليه استينافاً ينصب الى المحجور ولي اصلي وولي احتياطي وتنتهي وظيفة الولي الموقت الذي يعين حين طلب الحجر واجتماع المجلس العائلي ويطلب منه حساب المحجور اعتباراً من وضع يده على امواله والى حين تعيين الولي ويحق للحاكم ان ينصب طالب الحجر وغيره ولياً للمحجور الا الزوجة المحجورة فانها تكون تحت ولاية زوجها بحق اما الزوجة فيجوز تعيينها ولية لزوجها .

وقد اعتبرت المادة ٥٠٩ من هذا القانون المحجور كالصغير واوجبت المادة ٥١٠ صرف واردات الصغير لتليين مزاجه وتسريع شفائه وافاقته وللمجلس العائلي اعطاء القرار بلزوم تداوي المحجور بداره او باحدى المستشفيات . واذا وجب تأهل ابن المحجور يتعين مقدار المهر والتبرع المعجل عن الميراث والشروط المتعلقة بالنكاح من قبل المجلس العائلي كما جاء ذلك مفصلاً في المادة ٥١١ . وقد ايد هذا القانون رأينا بعدم امكان فك حجر المحجور بدون حكم حاكم ولا التصرف في امواله ولقد ارتأت المجلة والمادتان ٥٩ و ٦٠ من نظام الايتام هذا الرأي .

وقد اعتبر القانوني المدني الافرنسي ان من لم يكمل العشرين من عمره صغيراً خلافاً للمجلة لانها فرقت بين الصغير المميز وغير المميز وجعلت من اكمل الخامسة عشر من عمره بالغاً حكماً وفرقت في كتاب الحجر البلوغ عن الرشيد وعين نظام الايتام الرشد في سن يخالف سن البلوغ واعتبر هذا القانون الصغير المحجور بوصاية غير رشد الا اذا اثبت رشده واكمل الاحدي والعشرين من عمره وقد اعتبر القانون الافرنسي الصغير تحت ولاية ابيه ما دامت الزوجية قائمة بين ابويه ومنع من لم يكمل الثامنة عشر من عمره من ترك دار ابيه الا اذا دخل مطوعاً في الجندية وقد اعطت المادة ٣٧٥ وما يليها من مواد هذا القانون حق تربية الولد لوالده واعطت الاب حق

حبس ابنه شهراً واحداً فيما اذا كان الولد دون السادسة عشر وللحاكم اعطاء الامر بتوقيف الولد ايضاً عند مراجعة ابيه ٠

وعين القانون الافرنسي درجات الولاية والولاية الاحتياطية وما يتعلق بذلك بصورة مفصلة وقد رأينا ان هذه الابحاث لانها خارجة عن موضوع المجلة التي عينت درجات الولاية والوصايا ٠

اما القانون المدني التركي فقد اعطى الاولاد لولاية الابوين حال قيام الزوجية واعطى الولاية لمن وجد الولد في حجره وتحت تربيته بعد الطلاق وللابوين تعيين مسلك الولد وتربيته بالنسبة الى قابليته وكذلك تعيين قابليته الدينية اما الرشيد فهو حر بانتخاب الدين الذي يريده ويختاره وهذا دليل على ان الحكومة التركية اصبحت لا ترجح ديناً على آخر ٠

وقد اعطي هذا القانون الولاية وادارة الاولاد الى الابوين وجعلهما بمعزل عن مداخلة الحكام الا اذا ترك الابوان الاولاد او اصبحوا في حال تهلكة بما يعود الى جسمهم وفكرهم فيصار حينئذ الى مداخلة الحكام وللحاكم نزع الولاية من الولي اذا كان عاجزاً عن ايفائها او كان محجوراً او اذا اساء استعمال نفوذه او اهمل ادارة الاولاد بالكلية ٠ واذا نزعت الولاية من الابوين ينصب الحاكم وصياً على الصغير وهذا الانتزاع يشمل ما سيولد للابوين من الاولاد ٠ وقد اجازت المادة ٢٧٥ تعيين وصي للصغير اذا تزوج من ابويه من هو حائز لولايته ٠ وتعود الولاية اذا زال سبب انتزاعها بطلب من الابوين او رأساً من قبل الحاكم انما يشترط مرور سنة كاملة على انتزاعها وللابوين الانتفاع من مال الاولاد ما داموا تحت ولايتهم وتصرف واردات الاولاد اولاً على الانفاق عليهم وتربيتهم واذا زاد شيء من ذلك يأخذه من الابوين من كان مكلفاً بادارة العائلة وهذا لا نظير له في قانوننا المدني لان الابوين ليس لهما اخذ شيء من مال الصغير ولو كان تحت ولايتهم الا اذا كانوا محتاجين وقد ورد في القرآن الكريم (ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن) ٠

وللولد الاستفادة من الاموال التي وهبها له غير الابوين اذا اشترط في هذه الهبات عدم انتفاعهم انما يجب ادارة هذه الاموال ايضاً من قبل الابوين دون سواهم ٠ وللابوين التصرف فيما يربحه الصبي ما دام تحت تربيتهم وبعيالهم الا الارباح التي ترد الى الصغير من ماله الذي سلم

له من ابويه فانها تكون منحصرة بالصغير فقط وللابوين الانتفاع من مال اولادهم الا اذا انتزعت ولايتهم بسبب تقصيرهم ·

وقد احدث القانون التركي بحثاً خاصاً مطولاً بحق الوصايا نقتطف منه ما يتعلق فيما يوجب الايصاء فقد ورد في المادة ٣٥٤ من هذا القانون لزوم نصب وصي الى كل صغير لم يكن تحت الولاية وينصب الوصي ايضاً عن كل رشيد عاجز عن القيام باموره بسبب مرض او ضعف في عقله وعلى من اعتاد الاسراف وادمن المسكر او اورث الضرر لعائلته بسبب سوء ادارته وكذلك المحكوم بحبس تزيد مدته عن السنة · والرشيد الذي عجز عن ادارة اموره ورؤية مصالحه بنفسه بسبب كبر سنه او عدم تجربته ان يطلب من المحكمة نصب الوصي عليه وقد اعطى هذا القانون حق تعيين الوصي ونصبه الى حكام الصلح وهذا يخالف اصولنا القانونية لان نصب الوصي وعزله على ما جاء بقانون اصول المحاكمات الشرعية هو من وظائف حكام الشرع وليس للمحجور الجاري تحت الوصايا تبديل محل اقامته بدون اذن المحكمة ·

اما الوصي فيجب ان يكون رشيداً ويجوز ان يكون اكثر من واحد وفي هذه الحالة يجوز انفراد كل واحد من الاوصياء في العمل المودوع له اذا وجب انفرادهم في الاعمال والا فلا (راجع المادة ٣٦٢ من القانون المدني التركي) وهذا يخالف تشريعنا وقانوننا المدني لان الاوصياء اذا تعددوا لا يجوز لاحدهم الانفراد في غير الدعوي · ولحاكم الصلح ترجيح اقرباء القاصر وزوجته او زوجه على غيرهم في الوصايا وعليها ان تعين قريب القاصر الذي عينه دون سواه ·

وقد اجازت المادة ٣٦٧ من هذا القانون لمن اكمل الستين من عمره ومن عسر عليه ايفاء الوصايا بسبب كبر سنه ولمن كان ولياً لاكثر من اربعة اولاد ولمن جمع وصايتين في عهدته والنواب والوكلاء ورؤساء محكمة التمييز واعضاؤها ان يعتذروا من قبول الوصايا وكذلك المادة ٣٦٨ من هذا القانون منعت من كانوا تحت الوصايا والمحرومون من الحقوق المدنية والسياسية واصحاب الحال السيء وحكام الدوائر اصحاب العلاقة من قبول الوصايا على القاصرين بالنظر لما لهم من العلاقات ·

ويجب على محكمة الصلح تعيين الوصي على الصغير حالاً وعليها ان تحجر من آنست منه عدم

الرشد ولو بالغاً ولمحكمة الصلحية ان تري اعمال الصغير الضرورية بنفسها اذا كانت لم تنصب له وصياً وكان تأخير هذه الاعمال يضر بالصغير وللوصي تقديم معذرته بظرف عشرة ايام من تعيينه ولاصحاب العلاقة ايضاً الاعتراض على التعيين بظرف هذه المدة .

وقد امر هذا القانون بتصرف الوصي بمال الصغير وحفظ الوثائق والاشياء ذات القيمة بمحل امين تحت مراقبة محكمة الصلح وبيع الاموال المنقولة الواجب بيعها بالمزاد العلني وعلى الوصي اقراض نقود الصغير بالمرابحة لحساب الصغير ويضمنه مرابحة النقود التي تركها اكثر من شهر وهذا لا نظير له بقانوننا على ما هو معلوم ومعروف .

وقد ورد في المادة ٣٨٧ امكان دوام المعاملات الصناعية والتجارية لحساب الصغير او تصفيتها خلافاً لمجلتنا فانها لا تجيز للوصي ان يعمل بالتجارة لحساب الصغير ولو بأمر الحاكم وقد منعت المادة ٣٩٢ الوصي من هبة مال من هو تحت وصايته ووقفه منعه من الكفالة لحسابه واوجبت المادة ٣٩٣ على الوصي اخذ رأي من هو تحت وصايته فيما اذا كان مميزاً وبالغاً الستة عشرة من عمره .

اما باقي ما يتعلق في وظائف الوصي في القانون المدني التركي فانها لا تختلف عن مثلها في المجلة ولذلك لم نر حاجة لذكرها سوى ما ورد في المادتين ٤٠٥ و ٤٠٦ من المجلة فانهما حددتا ما يجب اجراءه من الاعمال لحساب من كان تحت الوصايا باذن حاكم الصلح وما وجب اجراؤه من الاعمال باذن المحكمة الاصلية فعلى من اراد التوسع في ذلك مراجعة المادتين المذكورتين على اننا لا يسعنا الا ان نقول بان هاتين المادتين قد بحثتا ابحاثاً فيما يعود الى الاعمال التجارية وحق التبني والتشبثات الاقتصادية مما يضيق نطاق البحث به في قانوننا المدني .

ويفهم من المادة ٤١٠ من هذا القانون ان الحجر على الصبي ينتهي بوصول المحجور لسن الرشد او بحكم الحاكم بالرشد وهذا يخالف ما ورد في المجلة وفي المادتين ٥٩ و ٦٠ من نظام الايتام لان هذه المواد اوجبت لرفع الحجر عن الصغير وصوله الى سن الرشد واثباته رشده لان الحجر اذا كان بحكم الحاكم ففك الحجر وهو رفعه لا يكون الا بزوال سببه وزوال حكم الحاكم ايضاً .

وبما ان القانون التركي قد اوجب اعتبار الحكم الجزائي من موجبات الحجز فانقضاء مدة

الحبس تعتبر كافيـة لفك الحجر اما الاسراف وادمان الخمر فانه يوجب الحجر كما قلنا واذا زال — وهذا يتحقق بعدم تقديم الشكوى على المسرف ومدمن الخمر بظرف سنة — يجوز للمحجور بسببه ان يطلب رفع الحجر عنه .

وقد بحث في المواد ٤٣٣ — ٤٣٤ من هذا القانون عن ختام وظيفة الوصي وتزاولها بحثاً مفصلاً لا يختلف اكثره عن نظرياتنا المدنية .

ولا يخفي ان القانون المدني الافرنسي والتركي وكذلك القوانين المدنية الاوروبية لم تعط اهمية لعقود المكره فلم ينشيء ابحاثاً مخصوصة فيما يتعلق بالاكراه وكذلك الشفعة فان هـذه القوانين لم تنشيء ابحاثاً للشفعة في غير المنقول وكل ما يرى هو ان القانون المؤرخ في ٣١ كانون اول سنة ٩٢١ فانه اعطى للحكومة حق شراء الاشياء النفيسة الصناعية وهذا خارج عن موضوع الشفعة الموجودة عندنا على اننا اذا نظرنا بعين الانصاف والحقيقة رأينا ان الشفعة التي جوزت حفظاً من سوء الجار وتخريب الدار واثارة الغبار واعلاء الجدار ومنع ضوء النهار لم يبق منها في بلادنا ما يوجب التمسك او العمل به من الاسباب سيما بعد تشكيل دوائر الطابو فقد اضطر الناس الى ايجاد الحيل لعدم تمكين الشفيع من الشفعة هرباً من سلب ملك المشتري بالثمن المقيد بدائرة الطابو الذي يختاره المشتري عادة هرباً من الرسوم وصارت اثراً بعد عين وعندي ان الشفعة تحتاج الى اخلاق فاضلة في الشفيع تجعله لا يطلبها الا بعد دفع الثمن الحقيقي وفي المشفوع منه حيث يبعده عن ارتكاب الحيل التي تحرم الشفيع من شفعته عادة والخلاصة فان الشفعة اما ان تكون لازمة فيجب جعلها بقوة حق الاولوية واخذ المال المشفوع بثمن مثله يوم الطلب واما ان تكون غير لازمة بالنظر لما نحن فيه فلا حاجة لنا بها .

انتهى

صحيفة

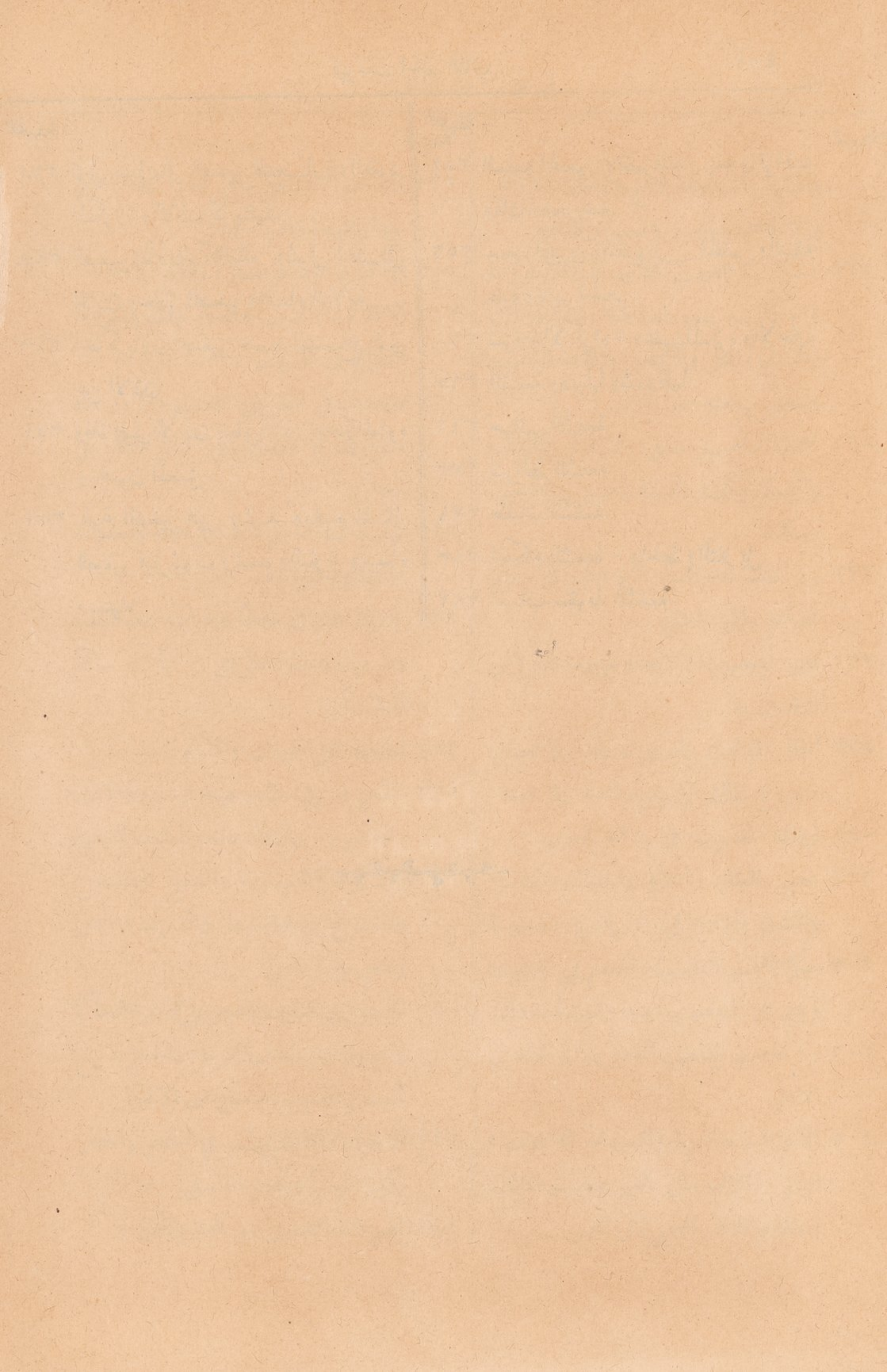
صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

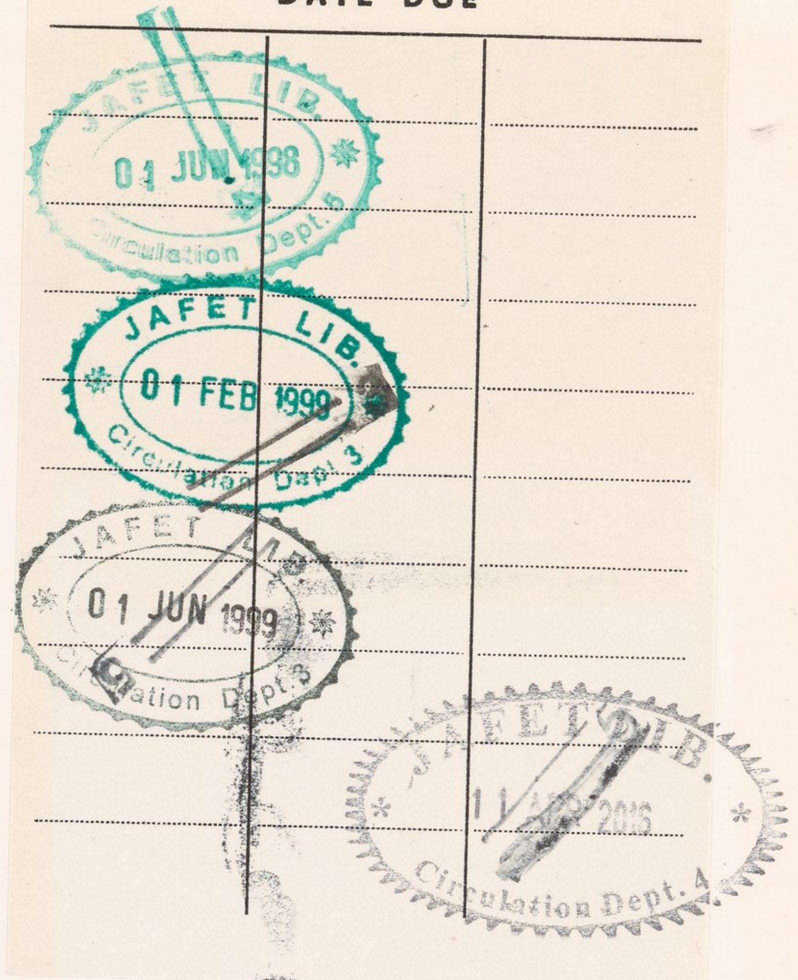
صحيفة










DATE DUE
JAFET LIB.
01 JUN 1998
Circulation Dept. 5
JAFET LIB.
01 FEB 1999
Circulation Dept. 3
JAFET LIB.
01 JUN 1999
Circulation Dept. 3
JAFET LIB.
2016
Circulation Dept. 4

